

Læren om bristende forutsetninger

Forutsetningslærens stilling etter innføringen av avtaleloven § 36

Kandidatnummer: 529

Leveringsfrist: 25.november 2015

Antall ord: 16 653



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	3
1.1	Problembeskrivelse	3
1.2	Avgrensning og metode	3
1.2.1	Avgrensning.....	3
1.2.2	Metode	4
2	OM BRISTENDE FORUTSETNINGER	4
2.1	Om begrepet «forutsetning».....	4
2.1.1	Innledning	4
2.1.2	Forutsetning som tolkningselement.....	5
2.1.3	Forutsetninger – Uriktige eller bristende.....	8
2.2	Forutsetningslæren som grunnlag for revisjon.....	10
2.2.1	Historisk perspektiv	10
2.2.2	Vilkår for anvendelse av forutsetningslæren	11
3	AVTALELOVEN § 36.....	19
3.1	Innledning	19
3.2	Bakgrunn.....	19
3.3	Urimelighet	20
3.3.1	Innledning	20
3.3.2	Hva kan prøves	21
3.3.3	Vurderingstidspunktet	21
3.3.4	Urimelighetsvilkåret	22
3.3.5	Avtaler som strider mot god forretningsskikk.....	28
4	FORUTSETNINGSLÆRENS STILLING ETTER § 36	29
4.1	Innledning	29
4.2	Urimelighets- eller relevansvurdering.	29
4.2.1	Faktisk eller teoretisk skille?	29
4.3	Forutsetningslæren som selvstendig grunnlag for bortfall eller endring av kontraktsforpliktelser	33
4.3.1	Innledning	33
4.3.2	Særlig om entreprisekontrakter	33
4.3.3	Forutsetningslæren utenfor entreprisekontrakter.....	38
4.3.4	Typeforutsetninger eller individuelle forutsetninger.....	45
4.3.5	Avsluttende bemerkninger.....	47

LITTERATURLISTE.....	49
-----------------------------	-----------

1 Innledning

1.1 Problembeskrivelse

Avhandlingens hovedproblemstilling er hvilken stilling forutsetningslæren, eller læren om bristende forutsetninger, har etter innføringen av avtaleloven § 36. Dette vil bli behandlet i oppgavens fjerde kapittel.

Oppgaven tar sikte på å redegjøre for forutsetningslæren og avtaleloven § 36, samt å se på helhetsvurderingen i de to regelsettene i sammenheng. Oppgavens hovedpunkt er om forutsetningslæren fremdeles er et selvstendig rettsgrunnlag for bortfall eller endring av kontraktsforpliktelser. Det vil bli sett på tilfeller hvor forutsetningslæren kan anvendes som ugyldighetsgrunnlag for de uriktige forutsetningene. Dette for å illustrere at uriktige forutsetningene ikke alltid vil gi grunnlag for ugyldighet, men kan også tenkes som grunnlag for endring eller bortfall av kontraktsforpliktelser.

1.2 Avgrensning og metode

1.2.1 Avgrensning.

Som oppgaven vil vise står forutsetningslæren med ett bein på avtalerettens område og ett bein på obligasjonsrettens område.

På avtalerettens område finner vi regler om ugyldighet av avtaler. Oppgaven tar ikke sikte på en gjennomgående drøftelse av avtalovens regler om tilblivelsesmangler, men disse kan tas opp for å belyse forutsetningslærens og avtaleloven § 36 anvendelsesområde.

I obligasjonsretten finner man grunnlag for endring eller bortfall av kontraktsforpliktelser. Dette kalles gjerne *kontraktrevisjon*.¹ I oppgaven vil dette kontraktrevisjon eller *lemping* være fellesbetegnelser for både endring og bortfall av kontraktsforpliktelser.

Oppgaven tar sikte på redegjørelse av forutsetningslæren og avtaleloven § 36 som grunnlag for kontraktrevisjon. Andre grunnlag for revisjon, eksempelvis læren om force majeure, vil ikke bli behandlet i denne avhandlingen. Oppgaven vil ikke ta for seg kontrakter som inneholder særegne klausuler for revisjon utover entreprisekontrakter.

Forholdet mellom forutsetningslæren og misligholdslæren vil heller ikke bli behandlet i denne oppgaven.

¹ Hagstrøm 2011 s. 254

1.2.2 Metode

Oppgaven tar utgangspunkt i alminnelig juridisk metode. Den alminnelige forutsetningslæren er en ulovfestet rettsregel som har blitt utviklet over tid i teori og praksis. Det er derfor naturlig at disse rettskildene er fremtredende. Da forutsetningslæren ikke bare har utviklet seg i Norge, men i hele Norden, vil også juridisk litteratur fra utenlandske forfattere anvendes for gi uttrykk for innholdet læren.

Arbeidet med å innføre lempingsregelen i avtaleloven § 36 startet i nordisk regi, men etter kort tid ble behandlingen fortsatt på nasjonalt nivå.² Oppgaven vil ikke behandle de øvrige lands lempingsregler. Viser det til likevel til disse bestemmelsene, eller tilhørende rettskilder, er dette for å belyse forskjeller som kan bidra til en bedre forståelse av den norske lempingsregel i avtaleloven § 36.

2 Om bristende forutsetninger

2.1 Om begrepet «forutsetning»

2.1.1 Innledning

I dagligtale likestiller man gjerne forutsetninger med vilkår. A lover å yte X forutsatt at B yter Y. I rettslig sammenheng kan forutsetningsbegrepet få forskjellig betydning og følger ut i fra i hvilken sammenheng man bruker det.

Krokeide oppstiller i sin fremstilling fire sammenhenger hvor forutsetningslæren kan få innvirkninger i et kontraktsforhold:

«For det første kan forutsetningsresonnementer benyttes som et ledd i fortolkning og utfylling av avtaler.

For det annet kan forutsetningslæren benyttes som et eget avtalerettslig grunnlag for ugyldighet, altså som et supplement til avtalelovens regler.

For det tredje kan forutsetningslæren benyttes som et grunnlag for bortfall eller endring i kontrakter.

For det fjerde kan forutsetningsresonnementer benyttes for å begrunne og avgjøre hvilke sanksjoner den ene part i et gjensidig bebyrdende kontraktsforhold kan rette mot den annen part dersom han ikke mottar den tilsagte motytelse.»³

² Ot.prp.nr.5(82-83)

³ Krokeide 1977 s. 585

Denne fremstillingen gir et godt utgangspunkt for behandlingen av forutsetningslærens betydning i kontraktsforhold. I denne delen skal vi se nærmere på bruksområdet for læren om bristende forutsetninger og ta for oss forutsetningsbegrepet som element i tolkning og utfylling, Krokeides første punkt. Det vil også bli redegjort for forskjellen mellom det som kalles *uriktige* og *bristende* forutsetninger. Denne oppgaven vil ikke ta for seg forutsetningslærens forhold til misligholdslæren, og avgrenses derfor mot Krokeides fjerde punkt.

2.1.2 Forutsetning som tolkningselement

Den alminnelige forutsetningslære og avtaleloven § 36 er begge rettsregler som kan gi grunnlag for lemping av én eller flere kontraktsforpliktelser i et kontraktsforhold. Før man kan avgjøre om det er grunnlag for endring eller bortfall av avtalens plikter må det først etableres hvilke plikter partene faktisk har påtatt seg etter den foreliggende kontrakt. Det kan med andre ord vanskelig snakkes om en endring i kontrakten dersom kontraktens innhold og grenser ikke er avklart.

Når kontraktens innhold skal fastsettes og avklares må den tolkes og i noen tilfeller utfylles. Det er sjeldent at en kontrakt tydelig og direkte regulerer alle de mulige spørsmål som kan oppstå i et kontraktsforhold. Tolkning bidrar da til å få frem meningsinnholdet i avtalen, knyttet mot de konkrete foreliggende forhold. Når det videre snakkes om tolkning gjøres dette i vid forstand. Med andre ord at det er meningsinnholdet i avtalen som søkes oppnådd og ikke innholdet i ordlyden. Dette gjelder om ikke annet nevnes eller følger av sammenhengen.

En forutsetning vil kunne få anvendelse på flere måter i tolkningsprosessen. På det enkelte tolkningsmoment vil partenes forutsetninger spille inn på forståelsen av momentet. Eksempelvis i ordlydstolkning, tolkning i snever forstand. Dersom to parter tillegger et ord eller begrep en spesiell betydning skal det forstås på denne måten, på tross av at dette strider mot den vanlige oppfatningen av ordet.⁴ Vi kan med andre ord si at partene *forutsetter* ordets forståelse i avtalesammenheng.

Ved ensidig bindende disposisjoner, som gavetilsagn eller testament, skal det legges vekt på det såkalte *subjektive tolkningsprinsipp*.⁵ I dette ligger det at det løftet som er avgitt skal forstås i samsvar med det løftegiver har ment da han avga løftet. De forutsetninger løftegiver har hatt på løftetidspunktet kan derfor bli avgjørende for forståelsen av innholdet i løftet.

Ved gjensidig bindende disposisjoner legger man gjerne vekt på det *objektive tolkningsprinsipp*.⁶ Her ser man på hvilke forventninger motparten har fått, basert på løfteutsagnet og forholdene for

⁴ Woxholth 2012 s. 351

⁵ Woxholth 2009 s. 402

⁶ Woxholth 2009 s. 402 Se Rt.1988 s.1317 på side 1320 hvor Høyesterett anvender en objektiv tolkning av forståelsen av ordet «forkjøpsrett» da det ikke er holdepunkter for en annen forståelse

øvrig. Et objektivt tolkningsprinsipp og partenes forutsetninger er ikke nødvendigvis ekskluderende. Dersom partene bygger på en felles forståelse, hvor partenes forutsetninger er synlige for hverandre, vil man naturlig nok tolke avtalen på denne måten. *Krokeide* mener at det heller ikke er noen prinsipielle begrensninger i skandinavisk rett for å tillegge ensidige forutsetninger vekt som tolkningsmoment. Han legger her vekt på at en part som er klar over at motparten bygger på bestemte forutsetninger, burde gi uttrykk for uenighet dersom han ikke ønsker at avtalen skal tolkes i samsvar med dem.⁷ Hensynet til lojalitet mellom avtaleparter taler for at synbare forutsetninger bør kunne få betydning for tolkning av avtalen.

Krokeide viser til at forutsetningslæren kan benyttes i fire forskjellige sammenhenger.⁸ Disse er gjengitt over i punkt 2.1.1. *Barbo* er uenig i at den *alminnelige forutsetningslæren* er anvendelig som tolkningsmoment og som moment i vurderingen av misligholdsspørsmålet.⁹ Samtidig presiserer han at det er forskjell i *Krokeides* terminologi, hvor han bruker begrepet *forutsetningsresonnementer* om forutsetningslærens virkning på tolknings- og misligholdsspørsmålet.¹⁰

Barbo viser i stedet til den såkalte *positive forutsetningslære*, som innebærer at forutsetninger tillegges positiv relevans ved fastsettelsen av avtalens innhold, mens han forbeholder begrepet forutsetningslæren til annet og tredje punkt i *Krokeides* fremstilling om forutsetninger som grunnlag for ugyldighet eller bortfall av kontraktsforpliktelse, forutsetningers *negative relevans*.¹¹ Jeg er enig med *Barbo* i at det kan virke noe fremmed å anvende begrepet *forutsetningslæren* når forutsetninger brukes som tolkningsmoment, men jeg er noe usikker på om *Krokeide* selv mener å tillegge *forutsetningslæren* denne betydningen. Han er klar på at forutsetningslæren kan betraktes som *rettsregel* når den omhandler ugyldighet og bortfall av kontraktsforpliktelser, mens han snakker om *forutsetningsresonnementer* i tilknytning til tolkning.¹² For ordens skyld bemerkes det at denne oppgaven tar for seg forutsetningslæren som *rettsregel*, altså i de tilfellene hvor forutsetningslæren kan gi grunnlag for lepping eller ugyldighet. Begrepet *positiv forutsetningslære* vil ikke bli anvendt i den videre fremstillingen av forutsetninger som tolkningselement. Dette fordi det fort kan lede til forveksling med den alminnelige forutsetningslæren.¹³

⁷ *Krokeide* 1977 s. 610

⁸ *Krokeide* 1977 s. 585

⁹ *Barbo* 1997 s. 318-319 se *Krokeides* fremstilling sitert i punkt 2.1.1

¹⁰ *Barbo* 1997 s. 319

¹¹ *Barbo* 1997 s. 304 -305

¹² *Krokeide* 1977 s. 584

¹³ Se *Barbo* 1997 s. 305 hvor han selv advarer mot bruken av begrepet.

Gjennom tolkning og utfylling av kontrakter vil man ofte kunne komme frem til samme resultat som ved anvendelsen av den alminnelige forutsetningslære, og det kan syntes vanskelig å avgjøre når man skal anvende det ene fremfor det andre. Dette illustreres i Rt.1991 s. 220. Saken handlet om tolkning eller revisjon av avtale om levering av fjernvarme. Det var avtalt at prisen skulle berignes etter areal, men leverandøren fikk medhold i sitt krav om å endre beregningen av pris til forbruk gjennom tolkning. Det ble lagt til grunn at forutsetningen for avtalen var at ingen av partene skulle tjene eller tape penger på avtalen. Riktignok ble ikke forutsetningslæren påberopt som revisjonsgrunnlag, men det kan nok tenke seg at de samme momentene ville gjøre seg gjeldende i et krav om revisjon på bakgrunn av forutsetningslæren.

Også i Falconbridgedommen¹⁴ som gjaldt spørsmål om drastisk stigning i prisen på nikkel hadde innvirkningen på en kommisjonsavtale mellom samarbeidende nikkelprodusenter, Her kom Høyesterett gjennom tolkning frem til at det ikke var krav på å få levert nikkel til den tidligere avtalte pris. Kontrakten var uklar og ikke alle detaljene var gjennomarbeidet. Høyesterett la her vekt på at da avtalen ble inngått til en fikset pris per tonn, var forholdene slik at det var ro på markedet, og da dette forholdet endret seg drastisk ga det grunnlag for å fragå avtalen.¹⁵

Det vil likevel kunne være noen forskjeller ved anvendelsen av tolkning og anvendelsen av forutsetningslæren på en kontrakt. Ved avtaletolkning er man i utgangspunktet ute etter å finne partenes vilje på avtaletidspunktet. Dette skiller seg fra den konkrete rimelighetsvurderingen som gjøres i forutsetningslæren hvor forholdene på vurderingstidspunktet legges til grunn.¹⁶ Som hjelp i avtaletolkning kan man vektlegge partenes etterfølgende opptreden, men dette er i utgangspunktet for å kaste lys over hva partene mente da avtalen ble inngått.¹⁷

Hagstrøm viser at domstolene tidligere har motarbeidet urimelige avtaler gjennom såkalt *skjult sensur*, og mener at en slik løsning ikke er ønskelig da domstolenes reelle grunner ikke kommer fram. Ofte vil det heller ikke være grunnlag for slik tolkning. Ved å gå for langt i tolkningsveien for å løse problemstillinger som i realiteten gjelder revisjon eller ugyldighet vil tolkningen kunne bli kunstig og føre til at de faktiske vurderinger som har blitt gjort, ikke kommer til syne.¹⁸

En annen forskjell som kan oppstå ved anvendelsen av kontrakttolkning, fremfor den alminnelige forutsetningslæren, er at partene i utgangspunktet er forpliktet til å fortsette sine kontraktsforpliktelser slik de fremstår etter tolkningsprosessen, mens dette ikke vil være tilfelle

¹⁴ Rt.1935 s. 122

¹⁵ På dommens side 126

¹⁶ Krokeide 1977 s. 610-611

¹⁷ Woxholth 2012 s.364

¹⁸ Hagstrøm 2011 s. 257

ved anvendelse av forutsetningslæren.¹⁹ Dette hindrer selvsagt ikke at kontrakten kan tolkes dithen at inntredelsen av et gitt forhold kan frigjøre partene fra sine plikter, men gjennom tolkning får sjeldent partene valgfrihet om de ønsker å stå ved avtalen i sin tolkede form eller å fragå den.

2.1.3 Forutsetninger – Uriktige eller bristende.

2.1.3.1 Innledning

Tradisjonelt sett skiller man mellom *uriktige* og *bristende* forutsetninger.²⁰ Felles for begge begrepene er at det foreligger en *svikt* i forutsetningen som fører til et resultat som ikke er ønskelig for en av partene i kontraktsforholdet. Som samlebetegnelse brukes gjerne *sviktende forutsetninger*.²¹ Vi skal her se hva som kjennetegner de ulike begrepene og hvilken virkning skillet mellom dem får for anvendelsen av den alminnelige forutsetningslæren.

2.1.3.2 Uriktige og bristende forutsetninger

En forutsetning er uriktig dersom det hefter feil ved den, allerede ved kontraktsinngåelsen. Tradisjonelt sett har man sett på spørsmål rundt uriktige forutsetninger som en del av de avtalerettslige problemstillingene om tilblivelsesmangler.²² En av reglene som regulerer slike tilfeller er avtaleloven § 33 som gir grunnlag for ugyldighet i dersom løftemottageren visste eller burde visst at løftegiveren bygger på en uriktig forutsetning og det ville stride mot redelighet og god tro å gjøre den gjeldende.

Bristende forutsetninger er betegnelsen på forutsetninger som ved kontraktsinngåelsen var riktige, men som grunnet etterfølgende forhold har medført at forutsetningen har sviktet.²³ Vi er her inne på det obligasjonsrettslige området. Lærens tyngdepunkt ligger altså ikke på det avtalerettslige området om ugyldighet, men heller om kontrakter som fullt ut var gyldige på avtaletidspunktet, kan endres eller lempes på bakgrunn av forutsetningsbrist.²⁴

¹⁹ Krokeide 1977 s. 612

²⁰ Se eksempelvis Krokeide 1977 punkt 4 og 5.

²¹ Krokeide 1977 s.

²² Hagstrøm 2011 s. 261

²³ Hagstrøm 2011 s. 261

²⁴ Hagstrøm 2011 s. 261

2.1.3.3 Faktisk eller juridisk skille?

Det *faktiske* skillet mellom uriktige og bristende forutsetninger er klart, uten at det alltid er like lett å avgjøre hvilken forutsetningstype man har med å gjøre. *Arnholm* illustrerer problemstillingen med et eksempel hvor det er mottatt erstatning for en legemsskade, men hvor de varige skadene i ettertid viser seg å være større enn forventet. Det må da stilles spørsmålet om det dreier seg om en feilvurdering av situasjonen som forelå, eller om det er snakk om en senere utvikling.²⁵

Det er heller ikke full enighet i teorien om et skille er nødvendig ved anvendelse av forutsetningslæren. *Augdahl* mener at det ikke er nødvendig med et prinsipielt skille mellom de to formene for forutsetningssvikt. Han begrunner dette med at det i stor grad er de samme forholdene som vurderes, og mener det kan bli vanskelig å behandle de bristende forutsetninger uten å behandle de uriktige.²⁶ *Arnholm* er klar på at det har vært tradisjon for å behandle de bristende og uriktige forutsetningene samlet, og viser til både Lassen og Ussing, men velger i sin fremstilling å skille dem.²⁷

Hagstrøm står for et klart skille, og mener at de uriktige forutsetningene behandles etter egne regler om tilblivelsesmangler og forbeholder forutsetningslærens anvendelsesområde til de tilfeller som omhandler bristende forutsetninger.²⁸ Samtidig innrømmer han at det finnes rettsområder hvor det tradisjonelt sett er lagt til grunn at forutsetningslæren er anvendelig også på uriktige forutsetninger. Han nevner om dette, i entrepriseretten og i kausjonsretten.²⁹ *Krokeide* viser til at det kan sondres mellom uriktige og bristende forutsetninger men virker ikke å tillegge skillet særlige hindringer i anvendelsen av forutsetningslæren.³⁰ Man kan si at forutsetningslæren står med ett bein i avtaleretten og ett bein i obligasjonsretten. Forutsetningslæren kan få betydning *ex tunc* ved at avtalen blir kjent ugyldig, og *ex nunc* ved at avtalen lempes.³¹

I rettspraksis ser vi også samme tendenser – blant annet i Rt.2010 s.1345, Vegsaltdommen. Saken gjaldt spørsmål om et krav på tilleggsvederlag for en entreprenør for økt saltforbruk for å gjennomføre kontraktsforpliktelsen. Det var mangelfull informasjon i anbudsgrunnlaget, som førte til at det reelle forbruket ble tre ganger så stort som først antatt. Høyesterett kom frem til at det ikke var mulig å revidere kontrakten med grunnlag i forutsetningslæren eller avtaleloven § 36 da risikoplasseringen var innlemmet i kontrakten. Merutgiftene kunne derimot kreves kompensert

²⁵ Arnholm 1964 s. 239

²⁶ Augdahl 1984 s. 142

²⁷ Arnholm 1964 s. 239

²⁸ Hagstrøm 2011 s. 261

²⁹ Hagstrøm 2011 s. 261

³⁰ Krokeide 1977 s. 587, s. 591 og s. 594.

³¹ Krokeide 1977 s. 589

med hjemmel i kontrakten. At det forelå feil i anbudsgrunnlaget, som kan ses på som en uriktig forutsetning, var ikke avgjørende for at *forutsetningslæren* ikke kunne anvendes. Høyesteretts flertall la til grunn at det forelå en forutsetningssvikt og gikk videre til relevansvurderingen. Dommen viser det faktiske skillet mellom uriktige og bristende forutsetninger ikke nødvendigvis er avgjørende for forutsetningslærens anvendelse som grunnlag for bortfall eller endring av kontraktsforpliktelser.

2.2 Forutsetningslæren som grunnlag for revisjon

2.2.1 Historisk perspektiv

En sentral grunnsetning for obligasjonsretten er at avtaler holdes. Dette formuleres gjerne som *pacta sunt servanda*, og kommer til uttrykk NL 5-1-2. Prinsippet gjelder riktignok ikke uten unntak. Eksempelvis i tilfeller hvor man har krav på naturaloppfyllelse, men dette ikke er mulig. Her må man falle tilbake på erstatning for den positive kontraktsinteressen. Økonomisk sett er man likestilt, men avtalen er ikke oppfylt etter sitt innhold. Forutsetningslæren vil også kunne skjære inn i prinsippet om *pacta sunt servanda*.³²

Forutsetningslæren har sine røtter tilbake i den romerrettslige lære om *sub clausula rebus sic stantibus*. Læren gikk ut på at det forelå en stilltiende betingelse om at det ikke etter kontraktsinngåelsen, inntrådte endring i forholdene som medførte at kontrakten ble ufordelaktig for en av kontraktspartene. Dersom slike forhold inntrådte kunne ikke avtalen gjøres gjeldende.³³

Krokeide krediterer den tyske forfatteren Bernard Windscheid for å ha innført den alminnelige læren om bristende forutsetninger. Og at det senere i tysk teori utviklet seg en lære av Paul Oertmann som bygde på at alle gjensidig bebyrdende kontrakter har et forretningsmessig grunnlag. Dersom dette grunnlaget faller bort er ikke kontrakten lenger gjeldende.³⁴ Det er ifølge *Hagstrøm* nettopp denne lære om kontraktens forretningsmessige grunnlag som fikk gjennomslag i Tyskland etter første verdenskrig.³⁵ I Norden har forutsetningslæren blitt behandlet av flere, spesielt danske forfattere.³⁶

³² Woxholth 2009 s. 24-25

³³ Augdahl 1984 s. 142-143

³⁴ Krokeide 1977 s. 584. Se tilsvarende Hagstrøm 2011 s. 263

³⁵ Hagstrøm 2011 s. 263-264

³⁶ Eksempelvis Ussing 1918

2.2.2 Vilkår for anvendelse av forutsetningslæren

2.2.2.1 Innledning

For at forutsetningslæren skal anvendes som rettsgrunnlag for endring eller bortfall av kontraktsforpliktelser må en rekke vilkår være oppfylt. Det kreves at det foreligger en forutsetning som svikter, at denne var kausal og synbar for løftemottager, og den anses som relevant.

2.2.2.2 Forutsetning

Forutsetningslæren, eller læren om bristende forutsetninger fordrer naturlig nok at det kreves svikt i en eller flere forutsetninger. Men om det faktisk kreves *brist*, eller om forutsetningssvikt i seg selv er tilstrekkelig er noe uklart.³⁷ Svaret må avgjøres på grunnlag av hvilken rekkevidde man gir begrepet *forutsetningslæren*. Som det fremgår av drøftelsen foran vil forutsetningslæren både kunne opptre som rettsgrunnlag for revisjon og ugyldighet. Det er samtidig ikke klart at uriktige forutsetninger alltid skal drøftes under spørsmål om ugyldighet.³⁸

En forutsetning forstås gjerne i kontraktsrettslig sammenheng som en tro fra forutsetningspartens side om at gitt forhold foreligger eller vil inntre. *Augdahl* definerer i denne sammenheng forutsetningsbegrepet som «...et positivt bevissthetsinnhold hos løftegiveren...».³⁹ Det er altså i villfarelsen i bevissthetsinnholdet hos løftegiver forutsetningssvikten foreligger.

I den objektive læren *Hagstrøm* krediterer Henry Ussing for å ha utviklet, er det ikke nødvendig å sondre mellom bevisste og ubevisste forutsetninger når det gjelder anvendelsen av forutsetningslæren.⁴⁰ *Ussing* skriver at «...bristende Forudsætninger foreligger ikke blot, hvor noget, man har forudsat, ikke indtræder, men ogsaa hvor der indtræder noget, man ikke har forudsat.»⁴¹ *Arnholm* kaller slike ubevisste forutsetninger for *bakutsetninger*, da han mener at det ikke er forutsetninger i det hele tatt, men noe som kommer i ettertid, og han mener at misbruken av forutsetningsbegrepet er med på å viske ut grensen mot de tilfeller hvor det faktisk er snakk om konkrete forutsetninger.⁴² *Augdahl* virker å godta også de såkalte bakutsetningene som forutsetninger. Han skriver i sin fremstilling at «...man taler om bristende forutsetninger i *alle* tilfelle hvor løftegiveren står overfor et forhold – x – som han på løftetiden ikke regnet med og som

³⁷ Se punkt. 2.1.3.3

³⁸ Se Rt.2010 s. 1345 hvor det var feil i anbudsgrunnlaget. Det var likevel ikke spørsmål om ugyldighet, men i stedet tilleggsvederlag.

³⁹ Augdahl 1984 s. 143

⁴⁰ Hagstrøm 2011 s. 264

⁴¹ Ussing 1918 s. 4

⁴² Arnholm 1964 s. 249

er egnet til å berøre ham mere eller mindre ubehagelig nettop i hans egenskap av løftegiver.»⁴³ I det følgende dras det ikke noe prinsipielt skille mellom forutsetninger og *bakutsetninger*.

2.2.2.3 Kausalitet

Ved anvendelsen av forutsetningslæren er det ikke tilstrekkelig at det foreligger en forutsetning som har sviktet. Det er også krav om kausalitet.

Det er noe forskjellig begrepsbruk når kausalitetsvilkåret omtales i teorien. *Augdahl* viser i sin fremstilling av forutsetningslæren at man gjerne bruker ordene *motiverende*, *vesentlige* eller *bestemmende* om forutsetninger og tillegger dette samme meningsinnhold som om man snakker om kausale forutsetninger.⁴⁴ Dette stemmer overens med slik jeg forstår *Hagstrøm*⁴⁵ og *Krokeide*⁴⁶ som legger til grunn at det må oppstilles et vesentlighetskrav til forutsetningens betydning for at den skal anses som kausal.

Også i rettspraksis brukes begrepene om hverandre uten særlig meningsforskjell. I Rt.1988 s. 982 som gjaldt et krav om å betale kommandittinnskudd. Det ble gitt medhold i at forpliktelsen til å betale innskudd var falt bort på grunnlag av bristende forutsetninger. Høyesterett uttalte: «Spørsmålet reiser seg så om forutsetningsbristen var vesentlig».⁴⁷ I *Vegsaltdommen*⁴⁸ uttaler førstvoterende derimot at den forutsetningen som har bristet «...[må] ha virket motiverende for løftegiveren...».⁴⁹ Det er nok tvilsomt at det er forskjell i meningsinnholdet i de to uttalelsene.

Kausalitetsvilkåret krever at forutsetningen var motiverende for inngåelsen av avtalen. Med andre ord, at avtalen ikke ville kommet i stand uten nettopp denne forutsetningen som viser seg å svikte.⁵⁰ Det er riktignok ikke slik at det er et krav om at ingen avtale ville kommet i stand i det hele tatt, men det kreves at den ikke ville kommet i stand *på de samme vilkår* dersom det var kjent at forutsetningen ville svikte.⁵¹

⁴³ Augdahl 1984 s. 144

⁴⁴ Augdahl 1984 s. 143

⁴⁵ Hagstrøm 2011 s.261

⁴⁶ Se Krokeide 1977 s. 586 hvor han viser til Jul. Lassen og Ussings fremstilling av vilkårene i forutsetningslæren og på s. 594 om relevansdrøftelsen hvor han oppstiller kriteriene vesentlighet, synbarhet og risiko.

⁴⁷ På dommens side 986

⁴⁸ Rt.2010 s. 1345

⁴⁹ I dommens avsnitt 63

⁵⁰ Augdahl 1984 s. 143

⁵¹ Hagstrøm 2011 s. 261 Se tilsvarende: Augdahl 1984 s. 147

Det er nok vanskelig å dra et klart skille mellom de kausale og de ikke-kausale forutsetningene. *Ussing* viser i sin fremstilling til at en forutsetning er uvesentlig, eller ikke-kausal, dersom den ikke har bidratt til å fremme beslutningen om å avgi et løfte.⁵² Han fremhever også at en forutsetning, som i utgangspunktet kan sies å ha vært motiverende for avgivelsen av løftet, ikke er vesentlig i de tilfeller hvor forutsetningspartens øvrige motiver ville ført til at han hadde avgitt det samme løftet.⁵³ Forutsetningen kan da neppe sies å ha vært *vesentlig*, på tross av at den har vært en av flere motiverende faktorer.

Det er tilstrekkelig at avtalen hadde kommet i stand på andre vilkår enn den foreliggende avtalen for å anse forutsetningen som vesentlig, eller kausal. At det kreves at forutsetningen er vesentlig taler for at den må ha viss tyngde og det må da forstås slik at det må kreves mer enn kun små endringer i avtalen for at vesentlighetskravet skal være ansett oppfylt. *Ussing* presiserer nettopp at en sviktende forutsetning som fører til en mindre endring i tidspunkt for når et løfte blir avgitt, både frem og tilbake i tid ikke er tilstrekkelig til å anse det som vesentlig. Det samme gjelder dersom den fører til små endringer i formuleringen av avtalevilkårene.⁵⁴

Et annet spørsmål er om vesentlighetsvurderingen skal gjøres på bakgrunn av subjektive eller objektive kriterier. Ifølge *Ussing* er det fire forskjellige måter dette kan tenkes løst på. Den første er en rent subjektiv vurdering, hvor vesentlighetskravet blir avgjort på bakgrunn av om forutsetningsparten har oppfattet den som vesentlig. Den andre er gjennom en konkret fornuftig vurdering av forholdene. Den tredje er en rent objektiv synspunkt om forutsetningen skal anses som vesentlig. Den fjerde og siste er en kombinasjon hvor det kreves både subjektiv vesentlighet for forutsetningsparten og samtidig at forutsetningen skal anses som vesentlig «...etter en fornuftig Dom».⁵⁵

Ussing avskriver muligheten for en rent objektiv vurdering og begrunner dette med at det i mange tilfeller er umulig å foreta en slik vurdering basert på forholdene.⁵⁶ Han fortsetter med at det neppe kan anses som noe krav om vesentlighet etter en fornuftig dom, i dansk rett.⁵⁷ Det er altså tilstrekkelig at forutsetningen er vesentlig for forutsetningsparten. *Ussing* avslutter sin drøftelse med å slå fast at spørsmålet om det foreligger en vesentlig forutsetning er et bevisspørsmål og ikke

⁵² *Ussing* 1918 s. 89-90

⁵³ *Ussing* 1918 s. 89

⁵⁴ *Ussing* 1918 s. 90 Tilsvarende, se Hagstrøm 2011 s. 261

⁵⁵ *Ussing* 1918 s. 95

⁵⁶ *Ussing* 1918 s. 94

⁵⁷ *Ussing* 1918 s. 95-98

et juridisk spørsmål, hvor målet er å finne ut om forutsetningen har vært motiverende i det enkelte tilfelle. Bevisbyrden må etter *Ussings* syn ligge på den som påberoper seg forutsetningssvikten.⁵⁸

Augdahl viser til at det ikke alltid vil være lett å stadfeste «psykisk kausalitet» og legger derfor til grunn at dersom det inntreffer forhold som vanligvis ville vært kausale for avtalen, trenger man ikke å påvise «konkret kausalitet»⁵⁹ Dette syntes å være i samsvar med *Ussing* som i utgangspunktet legger bevisbyrden for vesentligheten på forutsetningsparten, men presiserer at bevisbyrden faller bort for de tilfeller hvor forutsetningen normalt anses som vesentlig, eller kausal.⁶⁰

2.2.2.4 Synbarhet

I tillegg til kravet om kausalitet kreves det at både forutsetningen og dens kausalitet skal være synlig for motparten.⁶¹ Noen forfattere, som *Augdahl*, legger liten vekt på dette vilkåret. Han anerkjenner at det i teori er blitt sondret mellom de synbare og de ikke-synbare forutsetningene, men mener at denne sondringen ikke er egnet som grunnlag for en rettsregel, men heller som et moment i den helhetsvurdering som må foretas.⁶²

Det er i teorien gjort en sondring mellom individuelle forutsetninger og typeforutsetninger.⁶³ Dette skille er viktig for bedømmelsen av forutsetningens synbarhet. Typeforutsetninger er forutsetninger av en slik karakter at det antas de er både vesentlige og synbare for motparten, på tross av at de ikke er synliggjort i det enkelte tilfellet.⁶⁴

Ussing er klar på at synbarhetsvilkåret ikke kan gjelde for typeforutsetninger, og definerer typeforutsetningene som «...Forudsætninger, der normalt ledsager Retshandler af den paagældende Art»⁶⁵ Han presiserer at for forutsetninger som er typiske, men ikke vanligvis vesentlig, må vesentlighet sannsynliggjøres.⁶⁶

Grensen mellom typeforutsetningene og de individuelle forutsetningene er ikke skarp. Hvordan man avgjøre hvilken type forutsetning man står overfor vil måtte gjøres ved en konkret vurdering

⁵⁸ Ussing 1918 s. 100-101

⁵⁹ Augdahl 1984 s. 148

⁶⁰ Ussing 1918 s. 100

⁶¹ Hagstrøm 2011 s. 261 se tilsvarende Krokeide 1977 s. 586

⁶² Augdahl 1984 s. 146

⁶³ Krokeide 1977 s. 597

⁶⁴ Hagstrøm 2011 s. 262

⁶⁵ Ussing 1918 s. 103

⁶⁶ Ussing 1918 s. 103

av forholdene som foreligger om det er naturlig å oppfatte den foreliggende forutsetningen som typisk eller individuell for forutsetningsparten.⁶⁷ Man må blant annet se på hvilken avtaletype man står overfor og hvilke forutsetninger som anses som typiske for den bestemte avaletypen.⁶⁸

Ved de individuelle forutsetningene kan det være noe uklart når det anses at forutsetning er tilstrekkelig synliggjort. Dette henger sammen med at det er en gradvis overgang fra de helt spesielle forutsetningene på den ene siden til de forutsetninger som kan anses for å være helt typiske på den andre siden. *Hagstrøm* synes å oppsummere dette godt når han skriver «at jo mindre typisk en forutsetning er, jo sterkere krav vil det stilles til den konkrete synbarheten».⁶⁹

Når det tales om synbarhet, betyr ikke dette at forutsetningene nevnes direkte, enten i kontraktsforhandlingene eller at de kommer til uttrykk i avtaleteksten. Dersom en forutsetning kommer til uttrykk i kontraktens ordlyd ville de ikke være nødvendig med anvendelse av den alminnelige forutsetningslæren. Også i de tilfellene hvor det ikke kommer direkte til uttrykk i avtalen, kan man gjerne komme frem til samme resultat gjennom tolkning av kontrakten.

Det kan nok i mange tilfeller anses tilstrekkelig at forutsetningsparten gjør motparten kjent med at kontrakten inngås med et bestemt formål. Ved kjøpskontrakter skal en gjenstand passe til det bestemte formål dersom selgeren måtte være kjent med formålet da kontrakten ble inngått, jf. Kjøpsloven § 17 annet ledd bokstav b. Ved å oppgi formålet synliggjøres en rekke forutsetninger som må være tilstede for å oppfylle formålet.⁷⁰ Dette gjelder nok for de fleste forutsetninger som ligger nærme grensen mot typeforutsetninger.

For de forutsetningene som er mer spesielle, og som ikke kan sies å være synliggjort gjennom formålet, kreves det noe mer. Dette betyr derimot ikke at de må nevnes eksplisitt. Eksempelvis hvis man kjøper en batteridrevet gressklipper. Formålet med kjøpet er at den kan klippe gress, men også andre forutsetninger, som for eksempel at den kan brukes utendørs eller at den har rimelig batteritid kan være forutsetninger som er synliggjort gjennom formålet. Også prisen man betaler for en gjenstand kan gi uttrykk for en forutsetning.⁷¹

⁶⁷ Krokeide 1977 s. 587

⁶⁸ Ussing 1918 s. 104

⁶⁹ Hagstrøm 2011 s. 262

⁷⁰ Ussing 1918 s. 104

⁷¹ Ussing 1918 s. 104 som viser til eksempel hvor man har betalt en stor pengesum for en forsølv et gjenstand. Forutsetningen er at den er av rent sølv.

2.2.2.5 Relevans – risikoplassering

I teorien er det noe ulik begrepsbruk på det siste vilkåret for at forutsetningslæren skal få anvendelse på et kontraktsforhold. *Hagstrøm* betegner dette vilkåret som *relevans*, et vilkår som skiller seg fra de to øvrige ved at det skal gjøres en objektiv vurdering av hvor det er rimelig å plassere risikoen for forutsetningssvikten i den kontraktstypen det gjelder.⁷² *Augdahl*⁷³ og *Krokeide*⁷⁴ bruker derimot begrepet som en betegnelse på at forutsetningssvikten blir tillagt rettsvirkninger for avtaleforholdet. De opererer altså med et bredere relevansbegrep.

Ussing skiller mellom relevans og relevans i *snever forstand*. Relevans i snever forstand er nettopp den objektive vurderingen om hvor det er rimelig å plassere risikoen for forutsetningssvikten.⁷⁵ *Krokeide* bruker betegnelsen *risikobetingelsen* med tilsvarende betydning.⁷⁶ For ordens skyld vil den videre fremstilling bruke begrepet *risikospørsmålet* når det snakkes om relevans i snever forstand.

Både *Hagstrøm* og *Krokeide* bygger *Ussings* objektive lære, hvor det avgjørende for om en forutsetning skal tillegges relevans – rettsvirkninger – er, i tillegg til de overnevnte vilkår, om dette synes rimelig etter en konkret objektiv vurdering av hva som passer best for den type avtale man står overfor.⁷⁷

Ussing bryter med tidligere teoretikere, særlig *Jul. Lassens* subjektive forutsetningslære. I sin fremstilling viser han til at ifølge denne læren er kravene for å anse en forutsetning som relevant i vid forstand er at den har vært motiverende og synbar for motparten og at forutsetningsparten ville tatt forbehold om forholdet dersom han hadde overveid alle de forskjellige mulighetene.⁷⁸

Ussing retter kritikk mot subjektiv forutsetningslære, og spesielt mot den hypotetiske viljen man tillegger den ene eller begge partene.⁷⁹ I tillegg mener han at en subjektiv forutsetningslære vi føre til usikre, vilkårlige resultater som igjen fører til en svekkelse av rettssikkerheten.⁸⁰ *Hagstrøm* kommer med de samme innvendingene mot en slik lære, idet han mener at den ikke nødvendigvis

⁷² *Hagstrøm* 2011 s. 262

⁷³ *Augdahl* 1984 s. 144

⁷⁴ *Krokeide* 1977 s. 586

⁷⁵ *Ussing* 1918 s. 115.

⁷⁶ *Krokeide* 1977 s. 592

⁷⁷ *Hagstrøm* 2011 s. 264 og *Krokeide* 1977 s. 592

⁷⁸ *Ussing* 1918 s. 40-42 tilsvarende se *Hagstrøm* 2011 s. 264

⁷⁹ *Ussing* 1918 s. 52

⁸⁰ *Ussing* 1918 s. 52

tar hensyn til andre forhold og viser til tilfeller hvor en av partene har hatt et betydelig forhandlingsovertak ved inngåelsen av avtalen.⁸¹

Risikospørsmålet vurderes på bakgrunn av en helhetsvurdering av forholdene. Det er naturlig at også forutsetningens synbarhet og vesentlighet kommer inn som momenter i vurderingen. For Ussing er det derimot et viktig skille mellom vesentlighetsspørsmålet og risikospørsmålet idet forutsetningens vesentlighet etter hans teori er et faktisk spørsmål, ikke et juridisk spørsmål. Risikospørsmålet ville derfor ikke være aktuelt før det er avklart om forutsetningen er vesentlig.⁸²

Augdahl skriver i sin fremstilling:

*«Hvad norsk rettspraksis stort sett (og uansett all teori) har latt være avgjørende, er i virkeligheten dette: hvad er in concreto det rimelige og rettferdige, enten at forutsetningen tillegges relevans, eller at der sees bort fra den? Og denne praksis lar sig neppe i en overskuelig fremtid rokke av innvendinger fra teoretisk hold. Heller ikke fortjener den, så vidt skjønnes, å bli brudt staven over. Tvertimot er efter min en avgjørelse netop på grunnlag en slik diskresjonær vurdering i almindelighet å anbefale».*⁸³

Han mener altså at det er risikospørsmålet som er det sentrale for relevansen, i vid forstand, og ikke om de subjektive vilkårene er oppfylt. Det presiseres likevel at det ikke skal legges vekt på forhold som ikke knytter seg til forutsetningen, som at forutsetningsparten er fattig og lignende.⁸⁴

Han utelukker derimot ikke at andre hensyn enn det som gjelder i det foreliggende tilfelle kan gjøre seg gjeldene og at det kan være situasjoner hvor hensynet til en konkret rimelighet i den enkelte sak ikke vil veie like tungt som ønsket om en fast regel.⁸⁵ Hagstrøm legger til grunn at det ved vurderingen av risikospørsmålet ikke bare kan legges vekt på de løsninger som passer seg best i den avtaletypen man står overfor, men også på konkrete forhold i det foreliggende tilfelle.⁸⁶

Utgangspunktet for vurderingen må være at avtaler skal holdes og at partene selv har ansvar for risikoen dersom forholdene forverrer seg.⁸⁷ Dersom risikoen er aktivt plassert i avtalen, eller kan tolkes dithen, skal det mye til for at forutsetningslæren kan være anvendelig. Det må likevel presiseres dersom risikoen for én form for bristende forutsetning er plassert i avtalen, hindrer ikke

⁸¹ Hagstrøm 2011 s. 264

⁸² Ussing 1918 s. 116

⁸³ Augdahl 1984 s. 147

⁸⁴ Augdahl 1984 s. 147

⁸⁵ Augdahl 1984 s. 147

⁸⁶ Hagstrøm 2011 s. 266

⁸⁷ Krokeide 1977 s. 592

at forutsetningslæren kan få anvendelse på andre former for forutsetningssvikt, jf. Vegsaltdommen.⁸⁸

Når risikospørsmålet skal avgjøres, vil den konkrete rimelighetsvurderingen bli gjort på grunnlag av forholdene slik de foreligger på vurderingstidspunktet.⁸⁹ Partenes opptreden og subjektive forhold på deres side kan også komme inn som momenter i vurderingen. Dersom forutsetningsparten burde forstått at en forutsetningen ville svikte, er dette et moment som taler imot at forutsetningen skal anses som relevant.⁹⁰ Tilsvarende vil gjelde dersom forutsetningssvikten er såpass nærliggende at løftemottaker har grunn til å anta at forutsetningsparten har påtatt seg risikoen for svikten, dersom avtalen er inngått uten forbehold.⁹¹

Dersom løftemottager vet, eller burde forstått at en forutsetning ville briste, er dette også et moment som må tas inn i risikovurderingen.⁹² Tilsvarende hvor løftemottager har bidratt til at forutsetningsparten misforstår forholdene eller forsterker dette, også i de tilfeller hvor han ikke kan klandres. Motsatt vil gjelde hvor løftemottager gir uttrykk for at han ikke deler forutsetningspartens oppfatning av de foreliggende eller fremtidige forholdene.⁹³

I Rt.1916 s. 390 gjaldt spørsmålet heving av kjøp av aksjer fordi selgerens representant under kontraktsforhandlingene hadde gitt gale opplysninger om selskapet. Høyesterett tok her ikke stilling til om representanten kunne klandres for feilinformasjonen, men la til grunn at «...disse opplysninger har for ham været bestemmende til at kjøpe aktierne. Under disse omstændigheder maa Jensen være berettiget til at heve kjøpet...».⁹⁴ Løftemottagers gode tro er ikke grunnlag for å si at forutsetningslæren ikke vil kunne anvendes, men vil være et moment i vurderingen om forutsetningen er relevant.

Dersom forutsetningsparten selv fremkaller svikten, eller om han gjennom aktsom opptreden kunne forhindre den, taler dette sterkt mot at vurderingen går i hans favør. Dette kom til uttrykk i Rt.1970 s. 123 som gjaldt spørsmål om et forlik kunne endres på bakgrunn av bristende forutsetninger. Her la Høyesterett vekt på at forutsetningssvikten skyldtes egen forsømmelse og dermed kunne ikke

⁸⁸ Rt.2010 s. 1345 avsnitt 62

⁸⁹ Krokeide 1977 s. 595

⁹⁰ Augdahl 1984 s. 148, tilsvarende se Hagstrøm 2011 s. 266

⁹¹ Augdahl 1984 s. 148, tilsvarende se Hagstrøm 2011 s. 266

⁹² Augdahl 1984 s. 148, tilsvarende se Hagstrøm 2011 s. 267

⁹³ Augdahl 1984 s. 148-149

⁹⁴ På dommens side 391

forutsetningslæren få gjennomslag. Naturlig nok trekker det i motsatt retning i de tilfeller hvor løftemottageren har fremkalt forholdet.⁹⁵

Augdahl trekker frem at det ved gavetilsagn vil være lettere å anse en forutsetning som relevant, også når det kommer til risikospørsmålet. Han begrunner dette med at de forretningsmessige hensyn ikke gjør seg gjeldende i slike tilfeller i like stor grad som ved gjensidig bebyrdende avtaler.⁹⁶

3 Avtaleloven § 36

3.1 Innledning

Avtaleloven § 36 betegnes gjerne som en generalklausul og inneholder en lempingsregel for avtaler som er urimelige. I dette kapittelet skal vi se på bakgrunnen for innføringen av denne regelen og hvilke vilkår som være oppfylt for at den skal få gjennomslag.

3.2 Bakgrunn

Før innføringen av avtaleloven § 36 hadde man ingen generell lempingsregel for urimelighet som gjaldt alle avtaletyper. Man hadde derimot en rekke generalklausuler på spesialområder, avtaletolkning og regelen i NL 5-1-2 å falle tilbake på i slike tilfeller.⁹⁷

Forarbeidene tok for seg disse bestemmelsene i relasjon til behovet for en universell generalklausul. Regelen i NL 5-1-2 var den rettsregel som lignet mest på en generell lempingsregel. Bestemmelsen, som ga uttrykk for prinsippet om at avtaler skal holdes, inneholdt også et unntak i de tilfeller hvor opprettholdelse ville stride mot «Loven, eller Ærbarhet». I forarbeidene la man til grunn at dette var en særlig streng regel da bare de grovere urimelighetene kunne sies å stride mot ærbarhet.⁹⁸

Andre rettsregler som ble nevnt var avtaleloven § 33, gjeldsbrevloven § 8 og prisloven § 18. De siste to lovbestemmelsene er opphevet. Avtaleloven § 33 gjelder alle viljeserklæringer som det ville stride mot god tro og redelighet å gjøre gjeldene. Problemet med bestemmelsen var at den bare rammet måten avtalen ble inngått på og kunne ikke anvendes på avtaler som *kun* var urimelige. De to øvrige bestemmelsene ga grunnlag for tilsidesettelse av henholdsvis gjeldsbrev og avtalte

⁹⁵ Hagstrøm 2011 s. 267-268

⁹⁶ Augdahl 1984 s. 149

⁹⁷ NOU 1979:32 s. 19

⁹⁸ NOU 1979:32 s. 22-23

priser dersom det ville stride mot god forretningsskikk eller de var urimelige.⁹⁹ Det var lagt til grunn at bestemmelsene kunne anvendes analogisk på andre avtaleforhold, uten at det forelå rettspraksis på området.¹⁰⁰ Forutsetningslæren ble dratt frem som ett av de lempingsgrunnlag som forelå før avtaleloven § 36, men kritikken mot den var at den ikke ble ansett som å være tilstrekkelig til å endre urimelige avtaler, samtidig som det ble fremholdt at læren var streng og uklar.¹⁰¹

Behovet for en generell lempingsregel på formuerettens område ble begrunnet i hensynet til å beskytte den svakere kontraktspart mot misbruk fra den sterkere part. Dette var et hensyn som hadde kommet til syne gjennom utviklingen av flere generalklausuler på spesialområder.¹⁰² Mangel på en generell lempingsregel kunne føre til forskjellsbehandling på rettsområder med og uten slike regler, uten at det forelå grunnlag for at beskyttelsesnivået for den svakere part skulle være annerledes.¹⁰³ Dersom dommeren hadde mulighet til å tilsidesette avtaler som urimelige, uten at dette måtte gjøres gjennom andre teknikker som innskrenkende tolkning av avtalen, kunne dette også bidra til en positiv utvikling i avtalepraksis.¹⁰⁴ En generell lempingsregel ville også være mer fleksibel enn detaljregulering på forskjellige rettsområder og hensynet til ensartethet i det nordiske kontraktsamarbeidet var et moment for en ny generalklausul.¹⁰⁵

3.3 Urimelighet

3.3.1 Innledning

Avtaleloven § 36, første ledd lyder som følgende:

«En avtale kan helt eller delvis settes til side eller endres for så vidt det ville virke urimelig eller være i strid med god forretningsskikk å gjøre den gjeldende. Det samme gjelder ensidig bindende disposisjoner.»

Annet ledd ramser opp en rekke momenter som det skal tas hensyn til ved urimelighetsvurderingen. Det skal legges vekt på både forholdene ved avtalens inngåelse og de forhold som oppstår i ettertid. I tillegg skal avtalens innhold og partenes stilling vektlegges. Det siste momentet, *omstendighetene for øvrig*, viser at listen ikke er uttømmende. Tredje ledd gir bestemmelsens første ledd virkning også på handelsbruk og kontraktsrettslig sedvane.

⁹⁹ NOU 1979:32 s. 24-25

¹⁰⁰ Om analogisk anvendelse av gjeldsbrevloven se NUT 1935:1 s. 16. Om manglende rettspraksis : NOU 1979:32 s. 24-25

¹⁰¹ NOU 1979:32 s. 39-40

¹⁰² NOU 1979:32 s. 39

¹⁰³ Ot.prp.nr.5 (82-83) s. 11.

¹⁰⁴ Ot.prp.nr.5 (82-83) s. 11. Tilsvarende i NOU: 1979:32 s. 39-40

¹⁰⁵ Ot.prp.nr.5 (82-83) s.11-12

I denne delen skal vi se nærmere på de vilkår som kreves oppfylt for at avtaleloven § 36 skal få anvendelse. Første ledd i bestemmelsen gir uttrykk for selve generalklausulen, nemlig at en disposisjon kan settes «helt eller delvis» til side eller «endres» dersom den er urimelig eller i strid med god forretningsskikk. Dernest av annet ledd følger det hvilke momenter som skal vektlegges ved vurderingen om avtalen fremstår som «urimelig». Dette vil bli behandlet under.

3.3.2 Hva kan prøves

Avtaleloven § 36 er en generalklausul som gjelder for «avtaler» og «ensidig bindende disposisjoner». Dette betyr at den kan få anvendelse på alle bindende løfteutsagn, også gaveutsagn og lignende. Det er likevel forutsatt i forarbeidene at den som påberoper seg § 36 må være forpliktet etter disposisjonen, altså at den gir plikter eller innskrenker rettighetene til motparten.¹⁰⁶

Det følger direkte av bestemmelsens tredje ledd at også «handelsbruk eller annen kontraktsrettslig sedvane» kan rimelighetsprøves. *Giertsen* viser i sin fremstilling at for at dette skal være aktuelt må en av partene påberope seg handelsbruk eller sedvane for å utfylle avtalen, og at slik praksis vil måtte kvalitetsvurderes, som igjen vil hindre behovet for en lempingsregel på slik praksis.¹⁰⁷ *Hov* synes å gi uttrykk for det samme synspunkt når han mener at det ikke foreligger en plikt å legge vekt på slik praksis, men at det *kan* legges vekt på kutymer.¹⁰⁸ Dersom det ikke foreligger en plikt til å legge kontraktsrettslige sedvaner til grunn for avtalen, minker også behovet for en lempingsregel i disse tilfellene.

Bestemmelsen er preceptorisk og avtalepartene kan dermed ikke avtale at den ikke skal få anvendelse, eller avtale at den bare skal få anvendelse på visse forhold.¹⁰⁹ Det er heller ingen begrensninger i hvilke avtalevilkår som kan prøves.¹¹⁰ Ei heller er det begrensninger i de tilfeller hvor avtalen er delvis eller helt oppfylt.¹¹¹

3.3.3 Vurderingstidspunktet

I følge *Hov* skal urimelighetsvurderingen i utgangspunktet baseres på forholdene slik de forelå på oppfyllestidspunktet.¹¹² *Hagstrøm* mener at «*tyngdepunktet av rimelighetsvurderingen* [blir]

¹⁰⁶ NOU 1979:32 s. 59

¹⁰⁷ *Giertsen* 2014 s. 221

¹⁰⁸ *Hov* 2002 s. 277

¹⁰⁹ Ot.prp.nr.5 (82-83) s. 40 og NOU 1979:32 s. 59

¹¹⁰ NOU 1979:32 s. 59

¹¹¹ NOU 1979:32 s.60

¹¹² *Hov* 2002 s. 281

forskjøvet til oppfyllellesstadiet».¹¹³ Samtidig viser han til Røstad-dommen¹¹⁴ hvor det uttales at urimelighetsvurderingen «først og fremst [må] vurderes ut i fra situasjonen i dag.»¹¹⁵

Saken gjaldt festekontrakt hvor oppfyllestidspunktet vil være så lenge festeforholdet vedvarer. Uttalelsen kan derfor, etter min mening, ikke gi uttrykk for en generell forflyttelse i vurderingstidspunktet. At vurderingstidspunktet ikke skal være på avtaletidspunktet følger av ordlyden i bestemmelsens annet ledd, hvor det heter at også «senere inntrådte forhold» skal vektlegges ved urimelighetsvurderingen. Her skiller altså generalklausulen seg fra andre bestemmelser om tilblivelsesmangler i avtaleloven og beveger seg inn områder som ble regulert av læren om bristende forutsetninger.

3.3.4 Urimelighetsvilkåret

3.3.4.1 Urimelighetsterskel

Det følger av ordlyden i første ledd at det er de *urimelige* avtalene bestemmelsen tar sikte på å endre eller tilsidesette. Det er ikke et krav om at urimelige avtaler *skal* rammes, men at de *kan* rammes av bestemmelsen. Denne skjønnsvurderingen skal ta utgangspunktet i en rimelighetsstandard og spørsmålet skal prinsipielt avgjøres etter de samme retningslinjer uansett hvilken dommer som avgjør spørsmålet.¹¹⁶

I forarbeidene ble det ansett tilstrekkelig at avtalen ble ansett som *urimelig* for at urimelighetsterskelen skulle være overskredet. Dette på tross av at det var et ønske om at formuleringen skulle være *klart urimelig*.¹¹⁷ Om urimelighetsgraden uttales det i forarbeidene:

«Til sjuende og sist bør det avgjørende være om vilkåret i det konkrete tilfelle er så urimelig at dommeren ikke finner å kunne opprettholde det uforandret. Denne vurdering foretas best av dommeren i tilknytning til det konkrete tilfellet, og et forsøk på å kvalifisere urimelighetsgraden i lovteksten har egentlig lite for seg. Selv uten noe tilleggsvilkår i lovteksten, er det på det rene at domstolene vil stille visse krav før avtalevilkår blir satt til side som urimelige. Slik tilsidesettelse vil neppe skje uten at domstolene finner urimeligheten klart eller tydelig påvist. Det ligger også i formuleringen «urimelig» at et vilkår må være positivt urimelig for at det skal

¹¹³ Hagstrøm 1994 s. 135

¹¹⁴ Rt.1988 s. 276

¹¹⁵ På dommens side 287

¹¹⁶ Selvig 2009 s. 262

¹¹⁷ Ot.prp.nr.5 (82-83) s.14

kunne lempes; det er selvfølgelig ikke nok at det kan tenkes rimeligere løsninger. «Urimelig» må oppfattes som i seg selv et ganske strengt kriterium, som det ikke vil være kulant å påberope.»¹¹⁸

Lovgiver la altså opp til at domstolene skulle ta stilling til hvor sterk urimelighet som kreves i den konkrete sak, men presiserte at det var påkrevd *positiv urimelighet* og at vilkåret var strengt.

I Periscopusdommen¹¹⁹ gjaldt saken spørsmål om lemping av leiekontrakter basert på økning i markedsleie og inflasjon. Høyesterett kom fram til at avtaleloven § 36 ikke kunne få gjennomslag i saken. Dommen viser at det kreves mer enn at avtalen er blitt ugunstig for en av partene for at den skal gi grunnlag for endring eller bortfall etter avtaleloven § 36.¹²⁰

Høyesterett virker å opprettholde den *streng* linjen som forarbeidene ga uttrykk for. I Rt.2013 s.769 gjaldt saken et forsikringsoppgjør hvor det var godtatt en utbetaling for alle utgifter som endelig oppgjør. I ettertid ble det krevd erstatning for fremtidig ervervstap som ikke var inkludert i utbetalingen. Høyesterett bygget på at avtaleloven § 36 ga mulighet til å fremme kravet, men presiserte om anvendelsen bestemmelsen var en «snever unntaksbestemmelse»¹²¹ fra utgangspunktet om at avtaler skal holdes. Tilsvarende i Rt.2011 s. 1641 som gjaldt spørsmål om hvilken pris som skulle betales ved overdragelse av borettsleilighet for eldre. Høyesterett kom til at avtaleloven § 36 ikke kunne føre til at prisbestemmelsene i vedtektene kunne lempes. Det ble uttalt at «...avtaleloven § 36 bare [er] ment å ramme de klart urimelige tilfellene».¹²²

Både forarbeidene og rettspraksis taler for en streng tolkning av urimelighetsvilkåret i generalklausulen. Tilsvarende holdning finner i teorien. Woxholth mener at det «...må foreligge *klar* forskjell mellom virkningene av kontraktsvilkårene og det som anses som en rimelig løsning i rettsforholdet mellom partene».¹²³

Anvendelse av avtaleloven § 36 gjøres ved en vurdering om den *konkrete rimelighetsstandard* er overtrådt.¹²⁴ At det skal gjøres en konkret helhetsvurdering kan leses ut ifra ordlyden og har kommet til uttrykk i rettspraksis. I Skjelsvikdommen¹²⁵ uttaler førstvoterende at «...de forskjellige

¹¹⁸ Ot.prp.nr.5 (82-83) s.30

¹¹⁹ Rt.1990 s. 500

¹²⁰ Se dommens side 509

¹²¹ I dommens avsnitt 44

¹²² I dommens avsnitt 78

¹²³ Woxholth 2013 s. 266-267 Se også Selvig 2009 s. 263 og s. 264 hvor det brukes henholdsvis betegnelsen «klar forskjell» og «markert avvik»

¹²⁴ Woxholth 2013 s. 266 og Hagstrøm 2011 s. 292

¹²⁵ Rt.1988 s. 295

typer av kontraktsforhold må bedømmes ut fra sin særtrekk.».¹²⁶ I Periscopusdommen¹²⁷ vises det til uttalelsene i Skjelsvikdommen, og førstvoterende uttaler at «[e]tter min oppfatning må også den enkelte kontrakt bedømmes etter sine særtrekk».¹²⁸ I Rt.2013 s. 388, uttaler førstvoterende at det som er avgjørende for vurderingen er «...en totalbedømmelse av *avtaleforholdet*».¹²⁹ Disse dommene gir uttrykk for at det har skjedd en utvikling som peker i retning av den konkrete rimelighetsstandard hvor individuelle forhold vektlegges fremfor mer generelle hensyn knyttet opp mot *typen kontraktsforhold*.

I den konkrete vurderingen ligger det at det også skal gjøres en samlet vurdering om avtalen anses som urimelig. Dette betyr at mindre urimelige punkter i en avtale, samlet sett kan anses som urimelig.¹³⁰ Eller motsatt, at urimelig vilkår blir opphevet av et som gir særlige fordeler for en av partene.¹³¹ Hagstrøm fremholder at problemet med en konkret rimelighetsstandard er at dommene får liten virkning som prejudikat, og at man fort kan oppleve at praksis motstridende.¹³² Og det er nettopp hensynet til forutberegnelighet mellom partene som må veies opp mot ønsket om konkret rimelighet i den enkelte sak.¹³³

3.3.4.2 Om forholdene på avtaletidspunktet

Ett av momentene som skal vektlegges ved urimelighetsvurderingen er forholdene på avtaletidspunktet, jf. bestemmelsens annet ledd. Forholdene slik de forelå kan tale både for og mot lemping. Eksempelvis hvor godt avtalen er forberedt. I Svigermorddommen¹³⁴ la Høyesterett vekt på at det var gjort grundige forberedelser av avtalen og kom frem til at avtaleloven § 36 ikke kunne tilsidesette avtalen.¹³⁵ Partenes opptreden er også et moment som kan tale for eller imot urimelighet. Spesielt i tilfeller hvor en av partene har opptrådt klanderverdig.¹³⁶

At forholdene på avtaletidspunktet skal vektlegges gjør også at avtaleloven § 36 kan overlapse de øvrige regler om tilblivelsesmangler og supplere dem. Eksempelvis dersom en avtale er

¹²⁶ På dommens side 302

¹²⁷ Rt.1990 s. 500

¹²⁸ På dommens side 506

¹²⁹ I dommens avsnitt 51. Min kursivering

¹³⁰ Hov 2002 s. 280

¹³¹ Hagstrøm 1994 s. 137

¹³² Hagstrøm 2011 s. 295

¹³³ Giertsen 2014 s. 203

¹³⁴ Rt.1989 s.1215

¹³⁵ Se også Giertsen 2014 s. 233 som mener at avtaler med lav kvalitet taler for lemping. Motsatt avtaler med høy kvalitet.

¹³⁶ Hagstrøm 2011 s. 305

fremtvunget ved vold eller trusler. I de fleste tilfeller vil dette medføre at det også vil være *urimelig* å opprettholde avtalen etter avtaleloven § 36.

3.3.4.3 Om partenes stilling

Etter § 36 annet ledd skal også «partenes stilling» tas i betraktning ved urimelighetsvurderingen. Ifølge forarbeidene var et av hensynene til avtaleloven § 36 at den skulle beskytte den svake part mot «...misbruk av avtalefriheten...».¹³⁷ Forbrukerkjøpsloven inneholder regler som beskytter forbrukere i kjøp gjort med næringsdrivende.¹³⁸ Ordlyden i avtaleloven § 36 har ingen slik sontring. Dette utelukker ikke at det *kan* vektlegges at det dreier seg om en kontrakt mellom forbruker og næringsdrivende.¹³⁹ Det må likevel avgjøres konkret i den enkelte sak om man står overfor en *svak* og en *sterk* part. I denne vurderingen kan det vektlegges hvor ressurssterk partene er. Erfaring, utdanning og kunnskap om avtaleforholdet er momenter som kan spille inn.¹⁴⁰

Det kan nevnes at avtaleloven § 37 kom i stand på bakgrunn av forbrukerdirektivet, 93/13/EØF om urimelige vilkår i forbrukeravtaler.¹⁴¹ Denne bestemmelsen inneholder et forbrukerbegrep i annet ledd og regulerer masseavtaler mellom forbrukere og næringsdrivende. Bestemmelsens første ledd nr.1-2 inneholder en presisering til § 36. Etter denne bestemmelsen skal etterfølgende forhold ikke få betydning til skade for forbrukeren ved anvendelsen av § 36, jf. nr. 1. Den gir også forbrukeren rett til å kreve at avtalen *for øvrig* skal bestå dersom ett eller flere avtalevilkår er endret med hjemmel i avtaleloven § 36, jf. nr. 2. Det er lagt til grunn at bestemmelsen ikke skal endre rimelighetsstandarden i § 36, og gjelder bare for tilfeller som havner inn under bestemmelsen. Dette kommer frem av førstvoterendes utsagn i Rt.2013 s. 388.¹⁴²

I rettspraksis finner vi både eksempler på at partenes stilling, som profesjonelle og forbrukere, er tillagt vekt og ikke vektlagt. I Periscopusdommen¹⁴³ la Høyesterett ved urimelighetsvurderingen vekt på eieren var et profesjonelt selskap.¹⁴⁴ Rt.2012 s. 1926 gjaldt spørsmål om erstatning for finansielle produkt solgt til privatpersoner. Høyesterett kom til at avtalen ikke var urimelig etter § 36. Det ble blant annet lagt vekt på kjøperens *erfaring* ved vurderingen av om banken hadde gitt

¹³⁷ Ot.prp.nr.5 (82-83) s. 5. Se tilsvarende NOU 1979:32 s. 39

¹³⁸ Se eksempelvis forbrukerkjøpsloven kapittel 5 og 6 om forbrukerens krav. Om forbrukerbegrepet se § 1

¹³⁹ Woxholth 2013 s. 279

¹⁴⁰ Giertsen 2014 s. 205

¹⁴¹ Ot.prp.nr.89 (93-94) s. 3

¹⁴² I dommens avsnitt 58-60. Se også Ot.prp.nr. 89 (93-94) s. 13

¹⁴³ Rt.1990 s. 500

¹⁴⁴ På dommens side 509

mangelfulle opplysninger.¹⁴⁵ Det må altså avgjøres konkret om en av partene er en *svak* part, og om dette skal tillegges vekt i urimelighetsvurderingen.

Er begge partene profesjonelle vil terskelen for urimelighet være høyere enn i de tilfeller hvor man står overfor et forhold mellom profesjonelle og forbrukere.¹⁴⁶ Dersom avtalen er inngått mellom jevnbyrdige profesjonelle er det neppe grunnlag for å legge vekt på partenes stilling.¹⁴⁷ Det er derimot slik at partene ikke alltid er jevnbyrdige selv om de begge er profesjonelle og næringsdrivende. Det vil da kunne tenkes at dette kan tillegges vekt ved urimelighetsvurderingen. Samtidig må det fastholdes at hensynet til forutberegnelighet er særlig stor i næringslivet og således må terskelen for å tilsidesette avtaler som «urimelig» være høyere.¹⁴⁸

3.3.4.4 Avtalens innhold

Et moment som også skal tas i betraktning ved urimelighetsvurderingen er «avtalens innhold», jf. § 36 annet ledd. Dette er riktignok et annet moment enn «partenes stilling», men vil ofte kunne ses i sammenheng. Eksempelvis dersom en avtale er inngått mellom to likeverdige, næringsdrivende parter. I disse tilfellene vil partene selv ha best mulighet i forhandlingssituasjonen å ivareta sine egne interesser og dermed kan det sjelden snakkes om urimelighet i slike tilfeller.¹⁴⁹ Avtalens innhold vil da være en refleksjon på hvor flinke partene har vært i forhandlingsprosessen.

Kontraktstypen og den enkelte kontrakt kan tale for eller imot heving av urimelighetsterskelen. Dersom en kontraktstype er særlig spekulativ av natur, vanskelig kan sies å være urimelige dersom partene har inngått avtalen med kjennskap om dette.¹⁵⁰ En særlig skjevfordeling av rettigheter og plikter kan derimot tale for urimelighet.¹⁵¹

¹⁴⁵ I dommens avsnitt 51. Det kan være verdt å bemerke at dette utsagnet ble gitt i forbindelse med daværende Verdipapirhandellov § 9-2

¹⁴⁶ Giertsen 2014 s. 230

¹⁴⁷ Selvig 2009 s. 265

¹⁴⁸ Giertsen 2014 s. 231

¹⁴⁹ Selvig 2009 s. 265, se også Hagstrøm 2011 s. 301

¹⁵⁰ Hagstrøm 2011 s. 307. Se også Rt.2013 s. 388 i avsnitt 55

¹⁵¹ Hagstrøm 2011 s. 313

3.3.4.5 Om senere inntrådte forhold

Av § 36 annet ledd ser vi at «senere inntrådte forhold» tillegges betydning for urimelighetsvurderingen. Vi er dermed inne i obligasjonsrettens område.¹⁵² Anvendelsen av avtaleloven § 36 på etterfølgende forhold vil få særlig betydning i langvarige kontraktsforhold.¹⁵³

Under høringsrunden forut for Stortingets behandling ble tillegget «senere inntrådte forhold» møtt med betenkeligheter, som blant annet dreide seg om hensynet til forutberegnelighet og økt pågang for rettssystemet. Det ble da presisert at tillegget ikke var ment å innebære en realitetsendring fra gjeldende rettstilstand.¹⁵⁴

På tross av dette skjedde det er realitetsendring i Høyesteretts praksis, som kan illustreres ved Høyesteretts plenumsavgjørelser i Røstadsaken¹⁵⁵ og Skjelsviksaken.¹⁵⁶ Tidligere bygget norsk rett på det såkalte *nominalistiske prinsipp*, nemlig at en krone er en krone. Dette kom til uttrykk i Madladommen.¹⁵⁷ I denne saken fikk man ikke gjennomslag for oppregulering av festeavgift for en bortfestet eiendom på bakgrunn av fall i pengeverdien. Plenumsavgjørelsene brøt med dette prinsippet og det ble utført oppregulering med hjemmel i avtaleloven § 36.

Til tross for disse avgjørelsene virker Høyesterett å ha tatt en varsom tilnærming til å anvende avtaleloven § 36 på etterfølgende forhold. I Periscopusdommen¹⁵⁸ viser førstvoterende fra side 506 og videre, til forarbeidene¹⁵⁹ og uttaler at «... det ligger iallfall i den at avtaleloven § 36 må brukes med forsiktighet overfor senere inntrådte forhold».¹⁶⁰ Manglende rettspraksis på tilfeller hvor etterfølgende forhold har ført til endring eller bortfall av kontraktsforpliktelser taler for at urimelighetsterskelen må settes høyt.¹⁶¹

3.3.4.6 Om omstendighetene for øvrig

Som nevnt tidligere inneholder ikke § 36 en uttømmende liste momenter som kan tas i betraktning ved urimelighetsvurderingen. Dette vises ved at også «omstendighetene for øvrig» kan tillegges vekt. Ordlyden i dette vilkåret er svært vidt, men må nok snevres inn. Woxholth mener at

¹⁵² Woxholth 2013 s. 282

¹⁵³ Woxholth 2013 s. 281, se også Hagstrøm 2011 s. 314

¹⁵⁴ Ot.prp.nr.5 (82-83) s. 33-34

¹⁵⁵ Rt.1988 s. 276

¹⁵⁶ Rt.1988 s. 295

¹⁵⁷ Rt.1958 s. 529

¹⁵⁸ Rt.1990 s. 500

¹⁵⁹ Ot.prp.nr.5 (82-83) s. 35

¹⁶⁰ På dommens side

¹⁶¹ Woxholth 2013 s. 283

yttergrensene for hva som er relevant i denne sammenheng må vurderes bakgrunn av kontraktsrettens rettskildelære og rettskildeprinsipper.¹⁶² *Hov* skriver det tilsvarende under betegnelsen «juridisk skjønn».¹⁶³ Dette vilkåret kan fange opp forhold som ikke passer inn under de andre vilkårene i bestemmelsens annet ledd. Det vil som vi har sett på også være flytende grenser mellom de øvrige vilkårene vi har sett på i annet ledd og «omstendighetene for øvrig»¹⁶⁴

3.3.5 Avtaler som strider mot god forretningsskikk

En avtale som stride imot god forretningsskikk kan også settes helt eller delvis til side. Vilkaåret er alternativt fra urimelighetsvilkaåret. Dette kan leses ut fra ordlyden «eller». I Rt.2013 s. 388 vises det til forarbeidene på dette punktet og det uttales at vilkaåret ikke vil ha særlig stor betydning som selvstendig regel.¹⁶⁵

Giertsen mener at dersom det skal sies å foreligge forretningsskikk, må dette være praksis av en viss utbredelse og varighet. Han mener også at det ved vurderingen av om det ville stride mot god forretningsskikk å gjøre avtalen, eller avtalevilkaåret gjeldende, ikke kan legges avgjørende vekt på at bransjen finner praksisen tilstrekkelig.¹⁶⁶ *Giertsen* nevner at det ikke er kommet noen høyesterettsdommer hvor dette vilkaåret har fått gjennomslag som reviderings- eller bortfallsgrunnlag og at dersom en avtale er i strid mot god forretningsskikk er den også urimelig.¹⁶⁷

¹⁶² Woxholth 2012 s. 372

¹⁶³ *Hov* 2002 s. 304

¹⁶⁴ *Hov* 2002 s. 304

¹⁶⁵ I dommens avsnitt 52. Se også Ot.prp.nr.5 (82-83) s. 31

¹⁶⁶ *Giertsen* 2014 s. 223

¹⁶⁷ *Giertsen* 2014 s. 224 Se tilsvarende Woxholth 2013 s. 265

4 Forutsetningslærens stilling etter § 36

4.1 Innledning

Vi har i de to foregående kapitlene sett på utviklingen og vilkårene for henholdsvis den alminnelige forutsetningslære og avtaleloven § 36. I dette kapitlet skal vi ta for oss forholdet mellom regelsettene og se nærmere på forutsetningslærens stilling etter innføringen av generalklausulen i avtaleloven § 36.

4.2 Urimelighets- eller relevansvurdering.

4.2.1 Faktisk eller teoretisk skille?

Forholdet mellom forutsetningslæren og avtaleloven § 36 kan neppe sies å være avklart. Hverken forarbeidene, rettspraksis eller teori gir oss noe klart svar på hvordan de to regelsettene virker i sammenheng. Forarbeidene til avtaleloven § 36 gir uttrykk for at vurderingene etter de to regelsettene i stor grad vil sammenfalle og det legges til grunn at rettspraksis som omhandler forutsetningslæren vil være retningsgivende for anvendelsen av avtaleloven § 36.¹⁶⁸ Det kan nok tenkes at vurderingsmomentene etter hvert av regelsettene i stor grad vil sammenfalle.

Rettsreglene er imidlertid bygget opp forskjellig, og ut i fra vilkårene vil nok forutsetningslæren lett bli sett på som en mer rigid rettsregel. Dette fordi den i tillegg til en objektiv helhetsvurdering, krever at de subjektive vilkårene om kausalitet og synbarhet skal være oppfylt. Anerkjennes derfor forutsetningslæren som en selvstendig rettsregel skal det i iallfall *prinsipielt* sett gjøres en annen vurdering enn den som gjøres etter avtaleloven § 36. For forutsetningslæren i praksis, vil ikke dette nødvendigvis ha samme betydning.

En dom som er egnet til å belyse anvendelsen av vilkårene i forutsetningslæren og avtaleloven § 36 er Salhus Flytebru-dommen.¹⁶⁹ Denne gjaldt spørsmål om tilleggsvederlag i forbindelse med bygging av en del av Nordhordalandsbrua over Salhusfjorden. På grunn av fjordens dybde ble det besluttet å bygge flytebro på to pongtonger som hadde en sammenhengende kasse som skulle fungere som underlag for veien, og som skulle være av stål. Grunnet valget av høyfast stål oppstod det problem med sprekkdannelser i forbindelse med sveising av stålet. Dette måtte løses ved bruk av for- og ettervarming som medførte merkostnader for entreprenøren. Høyesterett var enige i at

¹⁶⁸ Ot.prp.nr.5(83-84) s. 35

¹⁶⁹ Rt.1999 s. 922

entreprenøren Salhus Flytebru ikke hadde krav på tilleggsvederlag i forbindelse med de økte kostnadene, men delte seg ved hvilket rettsregler de vurderte for å løse spørsmålet.

Flertallet på tre dommere vurderte spørsmålet på bakgrunn av læren om bristende forutsetninger, mens to dommere bygget på avtaleloven § 36. Førstvoterende for flertallet, uttaler innledningsvis at det anerkjent at læren om bristende forutsetninger kan være grunnlag for å begrense entreprenørens risiko, dersom den er motiverende, synbar og relevant etter en sammensatt vurdering av hvem som burde bære risikoen for at forutsetningen svikter.¹⁷⁰

Annenvoterende for mindretallet mente derimot at rettsgrunnlaget for tilleggsvederlag måtte være urimelighetsvurderingen etter avtaleloven § 36 og legger til grunn at § 36 «...spør ikke etter faktiske eller hypotetiske forutsetninger hos entreprenøren, og heller ikke etter slike forutsetningers betydning som motiv for å ha inngått kontrakten med den vederlagsbestemmelsen som foreligger. Man kan gå rett på det sentrale spørsmål om hvor risikoen skal plasseres.»¹⁷¹

Basert på uttalelsene ser vi at den juridiske vurderingen er forskjellig for hver rettsregel. Forutsetningslæren bygger på at bestemte vilkår må være oppfylt, mens avtaleloven § 36 gir uttrykk for en bredere skjønnsvurdering. Men i praksis kan man tenke seg at de subjektive vilkårene ikke vil være avgjørende. *Augdahl* viste i sin fremstilling at det som har vært *avgjørende* for at forutsetningslæren kommer til anvendelse er om det rimelig i det konkrete tilfellet at forutsetningen tillegges rettsvirkninger ¹⁷²ikke at de subjektive vilkårene er oppfylt.

Det er lett å se at dette kan være sant på tross av at det disse vilkårene oppstilles fra flertallet i Salhus Flytebru-dommen. Grunnen til dette er at i de tilfeller hvor revisjon er *ønskelig* kan de subjektive vilkårene lett legges til grunn av dommeren i det enkelte tilfellet, uten at dette drøftes spesielt.

I Salhus Flytebru-dommen kommer førstvoterende frem til at det foreligger en forutsetning om at sveisbarheten av det høyfaste stålet ikke ville medføre store problemer. Det utføres derimot ikke en nærmere drøftelse om at forutsetningen er kausal eller synbar for motparten.¹⁷³ Dette betyr at det enten er lagt stilltiende til grunn at vilkårene er oppfylt, eller at vilkårene ikke er avgjørende for om forutsetningslæren kan anvendes. Førstvoterende går rett fra spørsmålet om det foreligger en forutsetning, til om den skal tillegges relevans.

¹⁷⁰ På dommens side 931

¹⁷¹ På dommens side 943

¹⁷² Augdahl 1984 s. 147

¹⁷³ På dommens side 933

Dersom de subjektive vilkårene i praksis ikke kan sies å være avgjørende for om forutsetningslæren kommer til anvendelse kan en derfor stille spørsmålet om det foreligger en faktisk eller juridisk forskjell i den helhetsvurdering som skal gjøres etter de to regelsettene. I forarbeidene til avtaleloven § 36 ble det uttalt i relasjon til forutsetningslæren:

«Departementet går ut fra at vurderingene mht betydningen av senere inntrådte forhold stort sett vil måtte bli de samme etter den foreslåtte alminnelige lempingsregel som etter læren om bristende forutsetninger. Også den alminnelige lære og rettspraksis om bristende forutsetninger forutsettes således å gi vegledning og være retningsdannende ved domstolenes praktisering av lempingsregelen for så vidt gjelder betydningen av senere inntrådte forhold.»¹⁷⁴

Slik jeg forstår forarbeidene er dette en henvisning konkrete helhetsvurdering om hvor det er rimelig å plassere risikoen i forutsetningslæren. Det presiseres også at det dreier seg om de *senere inntrådte forholdene*. Det er nærliggende å tenke at det refereres til de faktisk *bristende* forutsetningene, ikke de uriktige. Samtidig er det tidligere i denne oppgaven redegjort for at dette skillet ikke er avgjørende for anvendelsen av forutsetningslæren. De uriktige forutsetningen kan også tenkes anvendelige som lempingsgrunnlag, ikke bare grunnlag for ugyldighet.¹⁷⁵

Annenvoterende for mindretallet i Salhus Flytebru-dommen viser til de over siterte forarbeidene og uttaler om vurderingen etter § 36 at «[d]et er her nærliggende å legge betydelig vekt på den terskelen for en rett til å kreve tilleggsvederlag etter entreprisekontrakter som var utviklet i rettspraksis og teori før avtaleloven § 36 trådte i kraft...»¹⁷⁶ Førstvoterende gir derimot uttrykk for at en vurdering av avtaleloven § 36 vil dreie seg om «...mer generelle rimelighetsbetraktninger...»¹⁷⁷ Selv om annenvoterendes synspunkt etter mitt skjønn har gode grunner for seg, kan ikke dommen i seg selv gi uttrykk for at rimelighetsvurderingene vil være like.

Rt.2000 s. 806 handlet om spørsmål om forhøyelse av en avtalt pris på konsesjonskraft mellom kommunen og energiselskapet. Grunnet en produksjonsavgift krevde energiselskapet oppregulering av prisen. Da dette ikke ble godtatt av kommunen avbrøt energiselskapet leveringen, noe som førte til at kommunen måtte kjøpe kraft på spotmarkedet til en betydelig høyere pris. Kommunen reiste søksmål for å få gjenopptatt leveringen av konsesjonskraft, mens energiselskapet krevde oppregulering selv om ordlyden i avtalen talte imot dette. Høyesterett kom til at avtalen

¹⁷⁴ Ot.prp.nr.5 (82-83) s. 35. Om den alminnelige forutsetningslæren se kapittel 2.

¹⁷⁵ Se punkt 2.1.3.3

¹⁷⁶ På dommens side 943

¹⁷⁷ På dommens side 932

ikke kunne lempes med hjemmel i hverken forutsetningslæren eller avtaleloven § 36. Om påstanden om revisjon uttalte førstvoterende:

*«Subsidiært er det anført at avtalen må revideres på grunn av bristende forutsetninger, eller – atter subsidiært – at den må revideres som urimelig, etter avtaleloven § 36. I atskillig utstrekning er de samme momentene relevante i forhold til alle disse tre anførslene, og jeg behandler de, til dels under ett.»*¹⁷⁸

Når Høyesterett enstemmig kom til at det ikke var grunnlag for revisjon la de vekt på at det var en avtale mellom profesjonelle parter hvor ordlyden var klar. Dommen tar ikke stilling til førstvoterendes uttalelser i Salhus Flytebru-dommen, men Høyesterett synes ikke å dele samme mening om at momentene som skal tas i betraktning er forskjellige.

Vegsaltdommen¹⁷⁹ gjaldt spørsmål om tilleggsvederlag for økt forbruk av salt i en entreprisekontrakt. Høyesterett kom til at det ikke forelå grunnlag for revisjon på bakgrunn av avtaleloven § 36 eller forutsetningslæren. Førstvoterende for flertallet uttalte om den konkrete helhetsvurderingen i forutsetningslæren at «[s]entrale momenter i helhetsvurderingen er hvem som ut fra en mer sammensatt vurdering bør bære risikoen for vedkommende avtaleforutsetning...»¹⁸⁰

Lest for seg selv kan førstvoterendes utsagn tilsi at det er en klart annen vurdering som må foretas etter forutsetningslæren enn en urimelighetsvurdering etter avtaleloven § 36. Samtidig kan man se hen til annenvoterende i Salhus Flytebru-dommen som mente at det sentrale ved vurderingen av avtaleloven § 36 i den saken, var hvor risikovurderingen burde plasseres.

Woxholth¹⁸¹ og Giertsen¹⁸² synes å mene at terskelen for bortfall eller endring av en kontraktsforpliktelse vil være den samme uavhengig av hvilket regelsett man anvender. Huser mener at vurderingene i stor grad vil sammenfalle, men vil ikke begrense avtaleloven § 36 til de tilfeller hvor også bristende forutsetninger vil kunne gi revisjon. Tvert imot mener han at generalklausulen vil gi en større sensuradgang.¹⁸³ Det er nok et poeng i at avtaleloven § 36 gir et bredere vurderingstema enn forutsetningslæren, og det vil nok være kunne være tilfeller hvor generalklausulen får anvendelse hvor forutsetningslæren ikke er tilstrekkelig. Samtidig gir ikke rettspraksis et entydig svar på at vurderingen etter de to regelsettene er det samme. Formuleringen til Høyesterett i relasjon til forutsetningslæren virker å ta sikte på en smalere vurdering enn den

¹⁷⁸ På dommens side 815. Den tredje anførsel var revisjon på bakgrunn av generelle kontraktsrettslige prinsipper.

¹⁷⁹ Rt.2010 s. 1345

¹⁸⁰ Dommens avsnitt 63

¹⁸¹ Woxholth 2013 s.283

¹⁸² Giertsen 2014 s. 260

¹⁸³ Huser 1984 s. 41

som foretas etter avtaleloven § 36. I stor grad vil nok likevel disse vurderingene sammenfalle. Dette har nok sammenheng med avtaleloven § 36 vide formulering. Høyesterett synes heller ikke å utelukke at de øvrige vilkårene i forutsetningslæren har selvstendig innhold, selv om man lett kan omgå disse ved å legge dem til grunn.¹⁸⁴

4.3 Forutsetningslæren som selvstendig grunnlag for bortfall eller endring av kontraktsforpliktelser

4.3.1 Innledning

Innføringen av lempingsregelen i avtaleloven § 36 har medført at det er stilt spørsmålstegn ved forutsetningslærens stilling som selvstendig grunnlag for revisjon av kontraktsforpliktelser. I det følgende skal vi se nærmere på hvordan forutsetningslæren er omtalt i teori og høyesterettspraksis.

Som det illustrert tidligere i oppgavene skillet mellom forutsetningslæren som avtalerettslig rettsregel og forutsetningslæren som obligasjonsrettslig rettsregel ikke alltid like klart. Vi vil se at det foreligger tilfeller hvor Høyesterett drøfter begge tilfellene under fanen *bristende forutsetninger*. Om forutsetningslæren i entreprisekontrakter vil særlig behandles. Høyesterett har på dette rettsområdet tatt opp forutsetningslæren som særskilt lempingsgrunnlag og det er derfor nærliggende å behandle dette innledningsvis.

4.3.2 Særlig om entreprisekontrakter

4.3.2.1 Særtrekk ved entreprisekontrakter

Entreprisekontrakter skiller seg fra andre kontraktstyper på flere måter. Som regel vil entreprisekontrakter inngås av profesjonelle parter.¹⁸⁵ Man har gjerne en byggherre som ønsker å få noe oppført, som inngår kontrakter med én eller flere entreprenører for å gjennomføre dette. Forholdet mellom byggherre og entreprenør vil variere. Variasjonen vil ofte ha sammenheng med i hvilken grad hver av partene skal være delaktig i prosjektering og hvilken rolle entreprenøren skal ha etter et eventuelt byggverk er ferdigstilt.¹⁸⁶

¹⁸⁴ Se f. eks. Rt.2010 s. 816 hvor Høyesterett kom til at kom til at en avgift ikke representerte en bristende forutsetning. Av lagmannsrettspraksis se f.eks Lb.2014 s. 3485 hvor lagmannsretten kom til at forutsetningssvikten ikke ble gitt rettsvirkninger da den ikke kunne sies å være hverken kausal eller synbar.

¹⁸⁵ For avtaler mellom forbrukere og entreprenør om oppføring av bolig se bustadoppføringslova

¹⁸⁶ Se Bruserud 2014 s. 63-73 om forskjellige kontraktkonstellasjoner i entrepriseretten

Entrepriisekontrakter vil gjerne også være kontrakter som strekker seg over tid og som er preget av usikkerhet.¹⁸⁷ Usikkerhetsmomentet henger nok sammen med kontraktenes lengde. Arbeidet som skal utføres kan være komplisert og dersom et avtaleforhold strekker seg over lengre tid vil det være vanskelig å forutse mulige forhold som kan inntreffe i denne perioden.

Når det inngås kontrakter mellom byggherre og entreprenør anvendes ofte standardkontrakter.¹⁸⁸ Usikkerheten i et entrepriseforhold kommer til uttrykk i slike kontrakter ved at de inneholder regler om byggherrens mulighet til å pålegge entreprenøren andre plikter, utover det som er avtalt, gjennom en endringsordre.¹⁸⁹ Fra entreprenørens side regulerer standardkontrakten hans krav på vederlagsjustering og fristforlengelse dersom endring kreves.¹⁹⁰ Det er med andre ord plassering av risikoen som avtales. Dersom et forhold faller inn under byggherrens risikoområde vil han være ansvarlig for det som inntreffer. Han vil da måtte betale tilleggsvederlag dersom han ønsker at entreprenøren skal overkomme en hindring som skyldes slike forhold for å opprettholde fremdriftsplanen. Motsatt vil det være dersom et forhold inntreffer innenfor entreprenørens risikoområde vil han måtte overkomme dette for egen regning for å holde avtalen.

4.3.2.2 Forutsetningslæren i entreprisekontrakter

Når standardkontraktene regulerer muligheten for å pålegge endringer, samt krav om vederlagsjustering og fristforlengelser er det derfor viktig å definere hvilke plikter kontrakten pålegger partene og hva som kan regnes som en endring. Med andre ord, hvem som har risikoen for de diverse forhold som kan oppstå i byggeprosessen. Det er nettopp her forutsetningslæren kommer på banen. Dersom det foreligger en bristende forutsetning som tillegges rettsvirkninger vil, som oftest entreprenøren, ha krav på tilleggsvederlag dersom han må forsere forholdet for å opprettholde kontrakten. Motsetningsvis vil dette måtte gjøres for egen regning for å unngå dagmulkt ved forsinkelse eller mangler som kan sanksjoneres.¹⁹¹

¹⁸⁷ Bruserud 2014 s. 21

¹⁸⁸ Bruserud 2014 s. 25

¹⁸⁹ Se eksempelvis NS 8405:2008 bestemmelsene i 22-23 om endringer

¹⁹⁰ Se NS 8405:2008 se bestemmelsene i 24-25 om tilleggsfrist og vederlagsjustering.

¹⁹¹ NS 8405:2008 se bestemmelsene 34 og 36 om henholdsvis dagmulkt og mangelsbestemmelser.

Det er på entrepriserettens område de sentrale avgjørelsene i Salhus Flytebru-dommen¹⁹² og Vegsaltdommen¹⁹³ ble avsagt. Nettopp derfor det er naturlig å ta utgangspunkt i dette rettsområdet ved vurderingen av forutsetningslæren stilling. I Salhus Flytebru-dommen ga flertallet direkte uttrykk for at forutsetningslæren fremdeles gjaldt som særskilt rettsgrunnlag for avtalerevisjon. Saksforløpet er blitt behandlet i tidligere punkter, men det kan nevnes at Høyesterett kom til at det ikke var grunnlag for tilleggsvederlag i saken. Høyesterett delte seg i to fraksjoner hvor flertallet på tre dommere behandlet spørsmålet på bakgrunn av forutsetningslæren og mindretallet på to dommere behandlet på bakgrunn av avtaleloven § 36.

Førstvoterende uttalte at det var en «...anerkjent rettssetning...»¹⁹⁴ at forutsetningslæren kan innskrenke entreprenørens risikoområde. Dette begrunnes med at avtaleloven § 36 skal vurderes på bakgrunn av «...mer generelle rimelighetsbetraktninger...»¹⁹⁵ og det er derfor mer nærliggende å anvende forutsetningslæren på entreprisekontrakter. Samtidig ble det presisert at saken ikke var egnet til en «...mer prinsipiell drøftelse av forholdet mellom den tradisjonelle læren om bristende forutsetninger og avtaleloven § 36». ¹⁹⁶ Mindretallet la derimot vekt på at urimelighetsvurderingen etter avtaleloven § 36 ligger nærmere vurderingen som gjøres etter forutsetningslæren, uten at det må foreligge en forutsetning.¹⁹⁷

Dommen kan ikke alene sies å ha avklart forutsetningslærens stilling etter innføringen av avtaleloven § 36. Videre rettspraksis har derimot gitt støtte til flertallets uttalelse i Salhus Flytebru-dommen.

Vegsaltdommen gjaldt også spørsmål om tilleggsvederlag i entreprisekontrakt. Det var inngått en driftskontrakt mellom Staten og Oslo Vei. Tvisten oppstod på bakgrunn av feil i anbudsgrunnlaget. De historiske tallene for mengder salt som Oslo Vei hadde lagt til grunn i sitt tilbud var feil og den reelle saltmengden som krevdes for å oppfylle kontrakten viste seg å være tredoblet det som først var antatt. Oslo vei fikk ikke medhold i sitt krav om tilleggsvederlag på bakgrunn av forutsetningslæren eller avtaleloven § 36. Om forutsetningslæren uttaler førstvoterende:

«Oslo Vei har som prinsipielt rettsgrunnlag for sitt krav på tilleggsvederlag, anført de ulovfestede regler om bristende forutsetninger. Selv om de ulovfestede regler om bristende forutsetninger i stor grad blir overlappet av avtaleloven § 36, utgjør bristende forutsetninger et

¹⁹² Rt.1999 s. 922

¹⁹³ Rt.2010 s. 1345

¹⁹⁴ På dommen side 931

¹⁹⁵ På dommen side 931

¹⁹⁶ På dommens side 932

¹⁹⁷ På dommens side 943

eget rettsgrunnlag, jf. Rt-1999-922 (Salhus Flytebru). Hvilket av de to rettsgrunnlagene som vil ha størst rekkevidde, avhenger av hvilke faktiske omstendigheter kravet om kontraktrevisjon er basert på.»¹⁹⁸

Høyesterett støtter her oppunder flertallets utsagn i Salhus Flytebru-dommen, med den presisering at de to regelsettene i stor grad overlapper hverandre. Uttalelsen gir også uttrykk for at forutsetningslæren *kan* ha større rekkevidde enn avtaleloven § 36 basert på en konkret vurdering av forholdene.

Også i Rt.2014 s. 520 ble det vist til Salhus Flytebru-dommens uttalelser om forutsetningslæren. Saken omhandlet krav om avbestillingserstatning ved en entreprisekontrakt som gjaldt sanering av vann- og avløpsanlegg. Kontraktssummen ble utgjort av en rekke mengder som skulle oppgjøres etter enhetspriser. Det viste seg at de faktiske mengdene var langt lavere enn det som var anslått. Førstvoterende uttalte om forutsetningslærens forhold til endringsarbeider:

«Avvik fra mengdeanslag under regulerbare poster skal altså som hovedregel ikke anses som endringer. Entreprenøren må finne seg i at mengdene blir større eller mindre uten å kunne påberope seg reglene som gjelder endringsarbeider. Men punkt 19.1 fjerde ledd gjør unntak når avviket i vesentlig grad overstiger det som entreprenøren burde forvente. Jeg ser bestemmelsen som utslag av et alminnelig prinsipp om at entreprenørens risiko begrenses av læren om bristende forutsetninger, se Rt-1999-922 ...»¹⁹⁹

Selv om det ikke ble gitt medhold i påstanden om bristende forutsetninger i de overnevnte saker gir disse uttrykk for at Høyesterett fremdeles anser forutsetningslæren som et særskilt rettsgrunnlag for lemping av kontraktsforpliktelser.

Det kan videre stilles spørsmål om hvorfor Høyesterett har latt forutsetningslæren stå som eget rettsgrunnlag etter innføringen av avtaleloven § 36. Ved første øyekast kunne man tenke seg at avtaleloven § 36 gir en større mulighet for revisjon. Dette er ikke nødvendigvis tilfellet. Terskelen for å anvende avtaleloven § 36 må avgjøres konkret ut i fra de foreliggende forhold. I Rt.2000 s. 806 uttaler førstvoterende at « [i] den grad det er tale om å bruke § 36 når det som her er tale om en avtale mellom profesjonelle, bør terskelen i alle fall være høy, jf. blant annet flertallet i Rt-1999-922». ²⁰⁰

Høyesterett avskriver ikke muligheten for revisjon på bakgrunn av generalklausulen også i profesjonelle kontraktsforhold men legger til grunn at det skal særlig mye til for at dette skal være

¹⁹⁸ Dommens avsnitt 61.

¹⁹⁹ I dommens avsnitt 37

²⁰⁰ På dommens side 816

mulig. Tilsvarende finner vi Rt.2003 s. 1132 som gjaldt spørsmål om forlengelse av en festekontrakt mellom to selskaper. Førstvoterende uttaler i forbindelse med avtaleloven § 36 at den ikke utelukker revisjonsmulighet i profesjonelle kontraktsforhold men at «[d]et kreves imidlertid svært meget for å konstatere urimelighet og sette til side avtalte vilkår i kontrakter i næring mellom profesjonelle parter...»²⁰¹

I Rt.2000 s. 806 kom Høyesterett til at det ikke var grunnlag for å tilsidesette en avtale om konsesjonskraft på bakgrunn av bristende forutsetninger eller avtaleloven § 36. Høyesterett uttalte at det ikke kunne gis medhold i lemping basert på «...den bredere rimelighetsvurderingen som avtaleloven § 36 gir anvisning på.»²⁰²

Entreprisekontrakter vil stort sett gjelde forhold mellom profesjonelle parter. Dersom flertallets forståelse av avtaleloven § 36 i Salhus Flytebru-saken av avtaleloven § 36 legges til grunn, nemlig at urimelighetsvurdering skal gjøres på bakgrunn av *generelle rimelighetsbetraktninger*, kan det tenkes at urimelighetsterskelen blir satt høyere enn ved anvendelsen av forutsetningslæren. Det skal nok også mye til for at entreprisekontrakter blir ansett urimelige etter en *bred rimelighetsvurdering*. Dette fordi slike betraktninger ikke gjør seg gjeldende i like stor grad i denne kontraktstypen. Hagstrøm mente at man burde være skeptisk mot å anvende avtaleloven § 36 i entrepriseforhold, i de tilfeller det gjelder avvik i byggherrens opplysninger, og mente at terskelen for kontraktrevisjon ville bli høyere enn ved forutsetningslæren, slik den tidligere er blitt anvendt.²⁰³ Dette kan igjen ha sammenheng med vurderingstemaet etter de to regelsettene. Det kan tenkes at revisjon på bakgrunn av forutsetningslæren *kan* være lettere anvendelig fordi vurderingstemaet etter læren spør om hvor det er *rimelig* at risikoen for den sviktende forutsetningen plasseres, ikke om avtalen eller avtalevilkåret er *urimelig*. Woxholth mener at det ikke foreligger plikt til å vektlegger generelle rimelighetsbetraktninger i vurderingen etter avtaloven § 36 og er ikke enig i flertallets forståelse av bestemmelsen i Salhus Flytebru-dommen.²⁰⁴

Enn så lenge virker Høyesterett å anerkjenne forutsetningslæren som grunnlag for bortfall eller endring av kontraktsforpliktelser i entrepriseretten. Det må samtidig legges til grunn at terskelen for gjennomslag av forutsetningslæren på dette området er høy. Dette kan illustreres ved at Høyesterett, etter min kunnskap, ikke har gitt medhold i revisjon på grunnlag av bristende

²⁰¹ Dommens avsnitt 46

²⁰² Rt.2000 s. 806 på side 816

²⁰³ Hagstrøm 1999 s.4

²⁰⁴ Woxholth 2000 s. 123

forutsetninger etter innføringen av generalklausulen. I underrettspraksis finner vi derimot eksempler på at dette har vært tilfelle.²⁰⁵

4.3.3 Forutsetningslæren utenfor entreprisetrakter

4.3.3.1 Innledning

I sin fremstilling av forholdet mellom forutsetningslæren og avtaleloven § 36, basert på Salhus Flytebru-dommen²⁰⁶, mente *Woxholth* at avgjørelsen kunne få virkninger på tre forskjellige måter. For det første kunne den bli sett på som et bevis på at forutsetningslæren fremdeles ble regnes som et særskilt rettsgrunnlag for revisjon. For det andre kunne den bli sett på som et avvik fra gjeldende rettstilstand og på denne måten ikke ha rettskildemessig verdi utover den konkrete saken. Og for det tredje kunne den bli sett på som et bevis for at forutsetningslæren fremdeles eksisterte som selvstendig revisjonsgrunnlag *på entrepriserettens område*.²⁰⁷

Når dommens holdning til forutsetningslæren har fått støtte i andre saker innenfor entrepriseretten²⁰⁸, kan det stille spørsmål ved forutsetningslærens stilling utenfor dette området. I det følgende skal det ses på teori og høyesterettspraksis forholder seg til forutsetningslæren utenfor entrepriseretten.

4.3.3.2 Forutsetningslæren i teori og praksis utenfor entrepriseretten

Da avtaleloven § 36 ble innført tok ikke forarbeidene eksplisitt stilling til om forutsetningslæren skulle fortsette å eksistere ved siden av generalklausulen. Det ble likevel uttalt at det ikke var meningen at det skulle skje en realitetsendring fra tidligere rettstilstand med hensyn til momentet *senere inntrådte forhold* i avtaleloven § 36.²⁰⁹ Det ble også lagt til grunn at tidligere praksis om

²⁰⁵ Se eksempelvis LB.2003 s. 623 som gjaldt spørsmål om oppgjør etter mislykket peling av brufundamenter. Lagmannsretten foretok en samlet vurdering av byggherrens valg av metode og om grunnforholdene som måtte være byggherrens risiko. De kom til at entreprenøren ikke kunne anses for å ha opptrådt uforsvarlig krav om tilleggsvederlag kunne derfor fremmes.

²⁰⁶ Rt.1999 s. 922

²⁰⁷ Woxholth 2000 s. 109

²⁰⁸ Se eksempelvis Rt.2010 s. 1345

²⁰⁹ Ot.prp.nr.5 (82-83) s. 33-34

forutsetningslæren kunne gi veiledning ved praktiseringen av avtaleloven § 36 på slike forhold, da departementet mente at vurderingene stort sett ville være like.²¹⁰

Etter min vurdering er det naturlig å tolke forarbeidene slik at det var et ønske om at avtaleloven § 36 iallfall skulle bli det mest fremtredende grunnlaget for etterfølgende revisjon, men det er vanskelig å avgjøre om det var et ønske om at forutsetningslæren skulle *legges død* ved innføringen av generalklausulen. *Hagstrøm* tolker forarbeidene slik at det ikke er ytret ønske om å opprettholde forutsetningslæren ved siden av avtaleloven § 36.²¹¹

Forarbeidene til den svenske generalklausulen talte i motsetning til den norske for at forutsetningslæren fremdeles skulle bestå. Dette ble begrunnet med at forutsetningslæren bygget på andre rettslige vurderinger, som ikke uten videre kunne erstattes med den vurderingen som skal foretas ved anvendelse av generalklausulen.²¹² Det må imidlertid bemerkes at den svenske avtaleloven § 36 ikke har samme formulering som den norske men viser til at avtalevilkår kan lempes dersom de urimelige.²¹³ *Barbo* viser at dette kan være et uttrykk for at den svenske loven har et mindre anvendelsesområde enn den norske.²¹⁴ Når de norske forarbeidene ikke tar opp problemstilling taler det etter min vurdering for at det ble ansett som et ønske om at avtaleloven § 36 skulle overta som revisjonsgrunnlag for de tilfellene hvor forutsetningslæren tidligere ble anvendt.

Forutsetningslæren har likevel blitt påberopt som grunnlag for revisjon eller bortfall i en rekke saker for Høyesterett etter innføringen av avtaleloven § 36. I Rt.1989 s. 1215 gjaldt spørsmålet omgjøring av en eiendomsoverdragelse. A hadde overdratt eiendommen sin til datteren. Etter en stund giftet datteren seg med sin samboer B og det ble opprettet ektepakt som sa at eiendommen var felleseie ved den enes død. Da datteren døde overtok B eiendommen i uskifte før det ble åpnet offentlig skifte. B hadde prøvd å selge eiendommen ut av familien, og A prøvde da å få omgjort eiendomsoverdragelsen, blant annet basert på bristende forutsetninger og avtaleloven § 36, uten at hun fikk medhold i dette. Dommen var enstemmig.

Høyesterett kom til at formålet som A hevdet at var lagt til grunn ikke kom til uttrykk kontrakten. Det ble lagt vekt på at kontrakten var grundig forberedt ved bruk av advokat og at flere avtaleutkast

²¹⁰ Ot.prp.nr.5 (82-83) s. 35.

²¹¹ Hagstrøm 2011 s. 318

²¹² SOU 1974:83 s. 157

²¹³ Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenrättens område § 36

²¹⁴ Barbo 1997 s. 322

ble vurdert. På bakgrunn av dette uttalte førstvoterende at det ikke var «...grunnlag for å utfylle avtalen med de formål og forutsetninger A nå gjør gjeldende som rettslig relevante.»²¹⁵

Førstvoterende nevner ikke *forutsetningslæren* eksplisitt, og det kan virke som at det er lagt til grunn at forutsetningene bare kan tenkes vektlagt med hensyn til utfylling av avtalen. Det nevnes ikke spesielt at bristende forutsetninger *ikke kan* få innvirkning som rettsgrunnlag for endring eller bortfall. *Strøm Bull* viser til denne dommen i sin fremstilling som et bevis på forutsetningslærens videre eksistens.²¹⁶ Etter min vurdering gir ikke dommen noe særlig støtte for forutsetningslærens videre eksistens som selvstendig revisjonsregel, men gir heller uttrykk for forutsetningsresonnementer i tolknings- og utfyllingsøyemed.

Rt.1990 s. 1106 omhandlet spørsmål om en skifteavtale som ga konen større verdier enn ektemannen kunne settes til side. Ektemannen fikk en eiendom som var mindre verdt enn den eiendommen konen fikk. Forutsetningslæren fikk to relasjoner i denne saken. For det første ved forståelsen av daværende ekteskapslov § 59 annet ledd som ga hjemmel for å sette en «åpenbart ubillig» avtale til side. For dette spørsmålet viste Høyesterett til avgjørelsen i Rt.1990 s. 1099 hvor det uttales at «[n]år den etterfølgende omstendighet, som her, bryter med en forutsetning som ikke var avtalefestet, men som må sies å ha vært et stilltiende element i avtaleforholdet, må den iallfall kunne tillegges vekt ved avgjørelsen av om avtalen skal anses for «åpenbart ubillig» etter ekteskapsloven § 59 annet ledd.»²¹⁷

Da uttalelsen ble gitt i relasjon til daværende ekteskapslov kan det derfor stilles spørsmål ved uttalelsens egenvekt for forutsetningslærens stilling som selvstendig rettsgrunnlag. Bristende forutsetninger ble også påberopt som særskilt grunnlag begrunnet i at ektemannen var nektet rådighet over eiendommen. Høyesterett ga ikke medhold i påstanden da dette var forhold som var relatert til andre tvistespørsmål og måtte løses separat.²¹⁸ Høyesterett la altså ikke noen prinsipielle hindringer for at forutsetningslæren kunne tenkes anvendelig.

I Rt.1988 s. 766 gjaldt spørsmålet om bindende avtale var inngått. Kommunen hadde sendt en kvinne tilbud om vikarstilling som ble besvart med aksept, men med søknad svangerskapspermisjon som ville inntre én måned etter tiltredelse. Det ble tatt ut stevning og i herredsretten og lagmannsretten ble saken avvist som sak etter arbeidsmiljølovens prosessregler for saker om ulovlig oppsigelse og avskjed.

²¹⁵ På dommens side 1220

²¹⁶ *Strøm Bull* 1993 s. 276

²¹⁷ Rt.1990 s. 1099 på side 1102

²¹⁸ Rt.1990 s. 1106 på side 1109

Spørsmålet for kjæremålsutvalget var om det var inngått bindende avtale om tilsettelse, og de kom til at dette måtte løses etter vanlige avtalerettslige prinsipper. Lagmannsretten hadde knyttet sin drøftelse til avtaleloven § 6 om tilbud og aksept, men kjæremålsutvalget kom frem til at begrunnelsen fra flertallet i lagmannsretten, sett i sammenheng, var at det forelå bristende forutsetning. Kjæremålsutvalget uttalte:

«Etter kjæremålsutvalgets mening er det ikke noen uriktig tolkning av en lovforskrift at bristende forutsetninger fra kommunens side kunne medføre at den kjærende part etter omstendighetene ikke var tilsatt i stillingen.»²¹⁹

Om det faktisk forelå bristende forutsetninger i saken, kunne ikke kjæremålsutvalget ta stilling til. Etter min vurdering taler avgjørelsen for at kjæremålsutvalget ønsket å gi uttrykk for forutsetningslærens videre eksistens. Dersom utvalget ikke ønsket å gi uttrykk for dette kunne de nok unngått å ta opp læren om bristende forutsetninger som grunnlag for lagmannsrettens avgjørelse. De tok derimot motsatt standpunkt å la til grunn at bristende forutsetninger var grunnlaget dersom lagmannsrettens begrunnelse ble lest «...i sammenheng...»²²⁰ Det er her forutsetningslærens avtalerettslige side det bygges på. Dersom det forelå en bindende avtale måtte spørsmålet løses etter arbeidsrettslige regler. Forutsetningslærens gjennomslag fikk her virkninger *ex tunc*, for avtaleforholdet ved at avtalen ble ansett som ugyldig. Om avgjørelsen kan gi støtte for forutsetningslæren som revisjonsgrunnlag er tvilsomt. Det bemerkes imidlertid at det spørsmålet drøftes som et spørsmål om *bristende* forutsetninger, ikke *uriktige*.

Hagstrøm skriver at forutsetningslæren har tidligere hatt anvendelse på kausjonsavtaler for de tilfeller hvor tolkning ikke var tilstrekkelig. Han viser særlig til likheter mellom den uklare grensen mellom bristende og uriktige forutsetninger, og grensen mellom betingelser og forutsetninger i kausjonsretten.²²¹ Han legger til grunn forutsetningslæren vil kunne få innvirkning på kausjonsavtaler hvor det ikke er et kontraktsvilkår om at hoveddebitor har stilt realsikkerhet, men hvor dette kan være forutsatt.²²²

Rt.1995 s. 964 gjaldt et kausjonsforhold, men forutsetningsbrist ble i denne saken påberopt i forbindelse med en inngått forliksavtale. Kausjonist, og én av to aksjeeiere i et fåmannsaksjeselskap, var uenig i omfanget av kausjonsforpliktelsen. Det var stilt selvskyldnerkausjon for kassakreditt med en bank og det viste seg at banken uberettiget hadde

²¹⁹ På kjennelsens side 769

²²⁰ På kjennelsens side 769

²²¹ Hagstrøm 2003 s. 47-48.

²²² Hagstrøm 2011 s. 319. Det presiseres at skillet mellom forutsetninger og betingelser er bortfalt på finansavtalelovens virkeområde.

overført penger fra selskapets bankkonto til den andre aksjeeieren, på tross at det var avtalt at begge aksjeeiernes signatur var påkrevet for at dette skulle gjøres. Det ble inngått en forliksavtale mellom partene, men det viste seg at omfanget av utbetalingen var større enn den som var lagt til grunn ved avtalen. Påstanden om at avtalen måtte endres på bristende forutsetninger førte ikke frem. Det ble lagt vekt på at kausjonisten ikke hadde sett gjennom alle utbetalingsbilagene som var gjort og at det da var mulig at det eksisterte belastninger som ikke var funnet.

Høyesterett foretok ikke en prinsipiell drøftelse om forutsetningslæren fortsatt gjaldt som rettsgrunnlag for endring eller bortfall av kontraktsforpliktelser, men drøftet i stedet om forutsetningen kunne tillegges relevans. I denne vurderingen la Høyesterett vekt på at avtalen måtte anses som en «kompromissløsning»²²³ som gjorde at partene slapp å foreta ytterligere undersøkelser. Det bemerkes at avtaleloven § 36 ikke ble påberopt som grunnlag for endring. På tross av dette taler dommen etter min vurdering for forutsetningslæren videre eksistens. Dommen illustrerer også det uklare skillet mellom bristende og uriktige forutsetninger. Forutsetningen i saken fremstår som uriktig, selv om den viste seg i ettertid. Det burde således være et spørsmål om forutsetningslæren som grunnlag for ugyldighet. Dette var imidlertid ikke tilfellet. Det faktum at det forelå en uriktig forutsetning hindret ikke Høyesterett i å foreta en relevansvurdering av om forutsetningen kunne gi grunnlag for *revisjon*.

I Rt.2000 s. 806²²⁴ ble det ikke gitt medhold i påstanden om bristende forutsetninger som grunnlag for oppregulering av avtalepris. Om påstanden uttalte Høyesterett:

*«Etter min mening er det likevel, etter bakgrunnen i partenes forhandlinger, ikke naturlig å si at kostnadsutviklingen representerer en bristende forutsetning for Oslo Lysverker. Og i alle fall må selskapet etter min mening være nærmest å bære risikoen for den utviklingen som har funnet sted, slik at anførselen om revisjon på grunnlag av bristende forutsetninger ikke kan føre frem.»*²²⁵

Denne uttalelsen gir etter min mening uttrykk for at Høyesterett fremdeles anser forutsetningslæren som eget grunnlag for revisjon også utenfor entreprisekontrakter. Her vurderer førstvoterende først om det foreligger en forutsetning, og tar deretter en subsidiær drøftelse av forutsetningens relevans.

En endelig avklaring av forutsetningslærens stilling etter innføringen av avtaleloven § 36 Høyesterett ikke gjort. Samtidig virker Høyesterett tilbakeholden i å benekte dens videre eksistens. I teorien er det delte meninger om emnet.

²²³ Sitat på dommens side 969

²²⁴ Faktum gjengitt i punkt 4.2.1

²²⁵ På dommens side 816

Huser mente at forutsetningslæren ikke *formelt sett* ville falle bort etter innføringen av avtaleloven § 36. Han mente altså at forutsetningslæren ville kunne påberopes som eget grunnlag ved siden av generalklausulen, men at det ville bli unødvendig når avtaleloven § 36 ble innarbeidet i norsk rettspraksis.²²⁶ Denne tankegangen må sies å blitt støttet opp gjennom plenumsavgjørelsene i Røstad-saken²²⁷ og Skjelsvik-saken.²²⁸ I Røstad-saken viste førstvoterende til forarbeidene og mente at det var *utvilsomt* meningen at avtaleloven § 36 skulle overta som rettsgrunnlag for endring og at domstolene skulle «...stille seg kritisk i forhold til de standpunkter som tidligere er inntatt.»²²⁹

Strøm Bull mener at det *klart* at forutsetningslæren ikke har opphørt å eksistere etter innføringen av avtaleloven § 36, men mener i stedet at den både eksisterer på områder som reguleres av avtaleloven § 36 i tillegg til områder som ikke dekkes av generalklausulen.²³⁰ Hun mener at det ikke er mulig å trekke et klart skille mellom de to regelsettene, og at det derfor må gjøres en konkret vurdering om hvilken rettsregel det er mest hensiktsmessig å bygge på.²³¹

Hennes synspunkt er altså at det vil kunne være tilfeller hvor partenes forutsetninger kan medføre at avtaler kan endres eller falle bort på bakgrunn av forutsetningslæren, uten at det medfører at avtalen er urimelig etter vurderingen i avtaleloven § 36. Motsatt at avtaler kan endres eller falle bort som urimelig uten at det er snakk om svikt i forutsetningene.²³² Dette samsvarer med førstvoterendes uttalelse i Vegsaltdommen²³³ om at hvilket av regelsettene som vil ha størst rekkevidde beror på de faktiske forholdene.²³⁴

Barbo mener at avtaleloven har overtatt som revisjonsgrunnlag hvor dette gjøres på bakgrunn av «irregulær utvikling»²³⁵ Han viser i denne relasjon til plenumsdommene Røstad og Skjelsvik. Hva han ligger i begrepet *irregulær utvikling* er noe uklart. Dersom det er en henvisning til tilfeller hvor man står overfor *bakutsetninger* kan det nok ha gode grunner for seg.²³⁶ Her vil de subjektive vilkårene i forutsetningslæren i mindre grad gjøre seg gjeldende da det ikke er snakk om faktiske forutsetninger. Det som da gjenstår er helhetsvurderingen ved avgjørelsen av risikospørsmålet. Dersom det ikke er snakk om å plassere risikoen for en faktisk forutsetning, synes det nærliggende

²²⁶ Huser 1984 s. 41-42

²²⁷ Rt.1988 s. 276

²²⁸ Rt.1988 s. 295

²²⁹ På dommens side 284

²³⁰ Strøm Bull 1993 s. 276

²³¹ Strøm Bull 1993 s. 276

²³² Strøm Bull 1993 s. 297.

²³³ Rt.2010 s. 1345

²³⁴ Dommens avsnitt 61

²³⁵ Barbo 1997 s. 316

²³⁶ Om bakutsetninger se punkt 2.2.2.2

å avgjøre spørsmålet om irregulær utvikling på bakgrunn av avtaleloven § 36. En alternativ måte å forstå ham på er at han mener at forutsetningslæren fremdeles gjelder for de *uriktige forutsetningene*. Da vil forutsetningslæren fremdeles stå seg som ugyldighetsgrunnlag, men ikke som revisjonsgrunnlag. Dette kan jeg ikke se at er tilfellet. Høyesterett har ikke gitt uttrykk for et ønske om å fjerne forutsetningslæren som grunnlag for *revisjon*, og de har også tatt opp til vurdering uriktige forutsetninger som det kan tenkes nærliggende å vurdere under et ugyldighetsspørsmål, som grunnlag for en revisjonsvurdering.²³⁷

Strøm Bull skriver videre i sin behandling av bristende forutsetninger at læren vil gjelde som eneste rettsgrunnlag for endring i de tilfeller hvor forutsetningen brister etter at oppfyllelse har skjedd fra begge parter. Hun knytter argument opp mot at vurderingstidspunktet for avtaleloven § 36, som hun legger til grunn er når avtalen gjøres gjeldende. Hun bemerker imidlertid at det er sjeldent at forhold som inntreffer etter oppfyllelse skal anses som en relevant bristende forutsetning.²³⁸ Hun viser til følgende tilfelle:

*«...hvis en ektefelle gir den annen en gave, og gaven oppfylles både formelt og reelt under ekteskapet, kan gaven ved en senere skilsmisse bare kreves refundert etter avtl. § 36 hvis gaven var urimelig på oppfyllestidspunktet. Den omstendighet at ekteskapet har gått i stykker har ikke betydning i denne vurderingen siden bruddet inntreffer etter oppfyllelsen. Hvis giveren derimot forankrer refusjonskravet i læren om bristende forutsetninger, vil ekteskapets havari være et moment i vurderingen.»*²³⁹

I Røstad-saken uttalte Høyesterett at også urimelighetsvurdering måtte avgjøres etter forholdene «i dag»²⁴⁰ Om uttalelsen kan sies å flytte vurderingstidspunktet fra oppfyllestiden på generelt basis er i mening tvilsomt. I festeforhold vil oppfyllestidspunktet være løpende og dette kan være bakgrunnen til uttalelsen.

4.3.3.3 «Analogi» fra entrepriseretten?

Dersom det legges til grunn at forutsetningslæren er det nærliggende rettsgrunnlaget for revisjon i entreprisekontrakter, jf. Salhus Flytebru-dommen²⁴¹, eller i alle fall at forutsetningslæren eksisterer på entrepriserettens område kan man tenke seg at forutsetningslæren også kan få som selvstendig grunnlag for revisjon på kontrakter som inneholder samme særpreg som entreprisekontrakter. Det

²³⁷ Jf. Rt.1995 s. 964

²³⁸ Strøm Bull 1993 s. 279

²³⁹ Strøm Bull 1993 s. 279-280 min utheving

²⁴⁰ På dommens side 287

²⁴¹ Rt.1999 s. 922 på side 932

kan da særlig nevnes at entreprisekontrakter som regel er gjennomarbeidede kontrakter som strekker seg over tid, mellom profesjonelle parter og som er preget av usikkerhetsmomenter.²⁴²

I Salhus Flytebru-saken uttalte førstvoterende at generelle rimelighetsbetraktninger ikke gjør seg gjeldende i entreprisekontrakter.²⁴³ I Rt.2000 s. 806 gjaldt spørsmålet oppregulering av avtalt pris ved levering av konsesjonskraft. Partene i saken var et kraftselskap og en kommune. I saken ble det drøftet om oppregulering av pris var mulig på bakgrunn av kostnadsutvikling, med grunnlag i både forutsetningslæren og avtaleloven § 36 uten at det førte frem. I vurderingen av avtaleloven § 36 uttaler førstvoterende at terskelen for å anvende generalklausulen i profesjonelle forhold må være høy, og viser til førstvoterende i Salhus Flytebru-dommen. Ved vurderingen av om forutsetningslæren kom Høyesterett til at kostandutviklingen ikke representerte en bristende forutsetning, og den i alle fall måtte ligge på kraftselskapets risikoområde.²⁴⁴

Selv om revisjon med grunnlag i forutsetningslæren ikke førte frem i den nevnte saken, ble den drøftet. At det også ble gjort en subsidiær vurdering av risikospørsmålet etter at det var lagt til grunn at det ikke forelå en forutsetningssvikt taler for at Høyesterett anså dette som en kontraktstype hvor forutsetningslæren kunne tenkes anvendelig. Man kan her dra paralleller til entreprisekontrakter. Både kraftselskapet og kommunen må sies å være profesjonelle parter. Avtaler strakk seg også over tid. I slike avtaler er det nærliggende at *generelle rimelighetsbetraktninger* gjøre seg gjeldene i stor grad.

Dersom en kontrakt er inngått mellom likeverdige, profesjonelle parter kan det være grunn til å være tilbakeholden med å anvende avtaleloven §36. Spesielt dersom kontrakten er et resultat av forhandlinger skal det etter min vurdering kreves mye for at den skal bli ansett som urimelig. Det kan da tenkes at en snevrer vurdering etter forutsetningslæren kan føre til revisjon. Terskelen må likevel sies å være høy.

4.3.4 Typeforutsetninger eller individuelle forutsetninger

Forutsetninger kan deles i *typeforutsetninger* og *individuelle forutsetninger*.²⁴⁵ Hagstrøm viser i sin fremstilling av forutsetningslæren til en rekke forutsetninger som kan anses som typetilfeller. Dette er tilfeller hvor oppfyllelsen er blitt farligere eller mer økonomisk byrdefylt, ved rettslige

²⁴² Om særtrekk ved entreprisekontrakter se punkt 4.3.2.1

²⁴³ På dommens side 932

²⁴⁴ På dommens side 816

²⁴⁵ Se punkt 2.2.2.4

eller fysiske hindringer, og ved svikt i partenes interesse av oppfylning.²⁴⁶ *Woxholth* viser til de samme tilfellene som de vanligste formene for etterfølgende urimelighet i sin fremstilling av avtaleloven § 36.²⁴⁷ Dette bringer oss videre til spørsmålet om forutsetningslærens eksistens for forskjellige typer forutsetninger.

Hagstrøm mener at avtaleloven § 36 har overtatt som rettsgrunnlag for de forutsetninger som anses som typiske, men at forutsetningslæren fremdeles kan leve som eget rettsgrunnlag ved de individuelle forutsetningene.²⁴⁸ Han mener at problemene med å fremdeles opprettholde forutsetningslæren ved typetilfellene er at det er usikkert om forutsetningslæren kan gå foran lovregel og at den vurderingen som gjøres etter generalklausulen ikke etterlater stort å vurdere til forutsetningslæren.²⁴⁹ Det kan være naturlig å tenke seg at typetilfellene ikke lenger skal drøftes under forutsetningslæren. Dersom det er snakk om en typisk forutsetningsbrist vil denne være vanligvis være regnet som både synbar og vesentlig.²⁵⁰ De subjektive vilkårene i forutsetningslæren vil således være oppfylt.²⁵¹ Det eneste som gjenstår er den objektive vurderingen om hvor det er rimelig å plassere risikoen for forutsetningsbristen.

De overnevnte typetilfellene vil som regel kunne føre til urimelighet etter avtaleloven § 36 og det virker således unødvendig at disse først skal vurderes etter læren om bristende forutsetninger. Dersom det er blitt fysisk farligere å oppfylle kontrakten, for eksempel at en levering blir vanskeliggjort grunnet krig, er det klart at avtalen i de fleste tilfeller vil bli sett på som urimelig dersom den skulle blitt opprettholdt etter sitt innhold. Også de tilfeller hvor det er blitt økonomisk mer byrdefullt å oppfylle har vi sett eksempler på at Høyesterett vurderer dette etter avtaleloven § 36.²⁵²

Svikt i partens interesse, er interessant. Ifølge *Krokeide* var dette tidligere den type av forutsetningsbrist som det var vanskeligst å tillegge relevans.²⁵³ Dette er i og for seg forståelig da partene har ansvar for sin ytelse av kontrakten. Etter den bredere rimelighetsvurdering i avtaleloven § 36 kan man her lettere luke ut de tilfeller hvor opprettholdelse fører til et klart urimelig resultat, i stedet for å gjemme seg bak konstruerte forutsetninger.

²⁴⁶ Hagstrøm 2011 s. 269-275. Samsvarer med *Krokeides* fremstilling i 1977 s. 599-609

²⁴⁷ Woxholth 2013 s. 282

²⁴⁸ Hagstrøm 1994 s. 166-168 og Hagstrøm 2011 s. 319-321

²⁴⁹ Hagstrøm 2011 s. 321

²⁵⁰ Se punkt 2.2.2.4

²⁵¹ Se punkt 2.2.2.4

²⁵² Eksempelvis Røstad- og Skjelsvikdommen som vist over.

²⁵³ *Krokeide* 1977 s. 607

Håndverkertjenesteloven § 15²⁵⁴ annet ledd om heving ved forsinkelser kan ses på som en kodifisering av forutsetningslæren ved sviktende interesse på tilvirkningskontrakter mellom næringsdrivende og forbrukere. Det følger av bestemmelsen at dersom mer enn en ubetydelig del av tjenesten kan heving bare foretas for den resterende delen av arbeidet. Annet punktum inneholder derimot en åpning for heving av hele forholdet dersom *formålet* med tjenesten blir *vesentlig forfeilet*. Vi ser her en del av de samme momentene som forutsetningslæren gir uttrykk for, nemlig forutsetningskravet, vesentlighetskravet og kausalitetskravet.²⁵⁵ Formålet vil nok i de fleste tilfeller også være synbart for motparten.

Det som skiller de individuelle forutsetningene fra de typiske er, som vi har sett over i punkt 2.2.2.4 at de må synliggjøres for motparten, og at graden av synlighet henger sammen med hvor uvanlig den er. Det er ikke noe i veien for at avtaleloven § 36 også får anvendelse også i disse tilfellene. De individuelle forutsetningene ligger nok nærmere grensen mot kontrakttolkning noe som *kan* føre til at forutsetningslæren er anvendelig på tross av at urimelighetsterskelen i avtaleloven § 36 ikke er overskredet.

At typeforutsetningene er blitt konsumert at avtaleloven § 36 må heller ikke kunne sies å være avklart. Både Salhus Flytebru-dommen²⁵⁶ og Vegsaltdommen²⁵⁷ gjaldt spørsmål om revisjon på bakgrunn av typeforutsetninger, nemlig at det var blitt mer økonomisk byrdefyllt å oppfylle kontrakten. Høyesterett tok ikke stilling til om skillet mellom typeforutsetninger og individuelle forutsetninger hadde egen betydning i relasjon til hvilken rettsregel som kunne anvendes.

4.3.5 Avsluttende bemerkninger

I lys av uttalelsene i Salhus Flytebru-dommen og Vegsaltdommen fremstår forutsetningslæren som det mest nærliggende revisjonsgrunnlaget på entrepriserettens område.²⁵⁸ Utenfor entrepriseretten er rettstilstanden usikker. Forutsetningslærens stilling er ikke avklart i rettspraksis, og i teorien finner vi motstridene synspunkt.

²⁵⁴ Se også lignende bestemmelse i kjøpsloven § 26 om tilvirkningskjøp

²⁵⁵ Formålet med tilvirkningskontrakten vil etter mitt syn måtte være en kausal forutsetning for inngåelsen av kontrakten og vilkårene vil således være oppfylt.

²⁵⁶ Rt.1999 s. 922

²⁵⁷ Rt.2010 s. 1345

²⁵⁸ Dette blir også fulgt i underrettspraksis. Se eksempelvis LB.1998 s. 1706 som følger førstvoterendes uttalelser i Rt.1999 s. 922 om at avtaleloven § 36 er preget av mer generelle rimelighetsbetraktninger og LB.2003 s. 623 hvor bristende forutsetninger, ikke avtaleloven § 36 ble påberopt som grunnlag for tilleggsvederlag.

Etter min vurdering kan det vanskelig sies at forutsetningslæren er *lagt død*. Høyesteretts manglede vilje til å avskrive muligheten for at forutsetningslæren fortsatt kan ha selvstendig betydning som grunnlag for lemping av kontraktsforpliktelser taler etter mitt syn for at den, enn så lenge, eksisterer på eget grunnlag. Anvendelsesområde må etter min vurdering sies å være innskrenket. Dette har sammenheng med at de to regelsettene i stor grad overlapper hverandre.²⁵⁹ Det er da naturlig at i tilfeller hvor det som faktisk er avgjørende er om avtalen er urimelig, blir løst etter avtaleloven § 36, mens de tidligere måtte løses på annet grunnlag, deriblant forutsetningslæren. Avtaleloven § 36 kan på denne måten ha snevret inn forutsetningslæren til de tilfeller hvor det foreligger faktiske forutsetninger, og ikke bakutsetninger

For typetilfellene av forutsetningssvikt mister nok også forutsetningslæren en del av sin kraft. Dette henger sammen at de subjektive vilkårene i forutsetningslæren ikke i nevneverdig grad gjør seg gjeldende, da de legges til grunn. Samtidig er det ikke avklart at slike tilfelle ikke *kan* drøftes under forutsetningslæren. Vi har også sett at risikovurderingen etter forutsetningslæren prinsipielt sett er en annen enn den urimelighetsvurderingen som skal foretas etter avtaleloven § 36. For de individuelle forutsetningene som ligger tettere opp mot det som kan betegnes som avtalevilkår kan det tenkes at forutsetningslæren fremdeles vil kunne gjøre seg gjeldene idet en bred urimelighetsvurdering kanskje ikke vil være like gunstig å anvende på slike tilfeller.

I realiteten vil forutsetningslærens praktiske betydning etter mitt syn stå og falle på hvilken konkret urimelighetsterskel som settes etter avtaleloven § 36. Settes denne konsekvent på samme nivå som risikovurderingen etter forutsetningslæren kan fort læren miste mye av sin selvstendige betydning. Fremholdes det derimot at avtaleloven § 36 ikke er like anvendelig på tilfeller hvor generelle rimelighetsbetraktning ikke gjør seg gjeldene, kan det tale for at forutsetningslæren fremdeles vil kunne ha praktisk betydning. Det gjenstår derfor å se på hvilken linje Høyesterett velger å ta når spørsmål om lemping av avtalen på grunnlag av bristende forutsetninger eller avtaleloven § 36 blir påberopt. Det kan også nevnes at forutsetninger som momenter i tolkning og utfylling av avtaler fremdeles vil ha betydning i kontraktsforhold.²⁶⁰ Etter forståelsen denne oppgaven tillegger begrepet *forutsetningslæren* vil dette derimot falle utenfor læren som grunnlag for bortfall eller endring av kontraktsvilkår.²⁶¹

²⁵⁹ Jf. Rt.2010 s. 1345 avsnitt 61

²⁶⁰ Se punkt 2.1.2

²⁶¹ Men se Krokeide 1977 s. 585 sitert i punkt 2.1.1

Litteraturliste

Norske lover

1687	Lov 15. april 1687 Kong Christian Den Femtis Norske Lov [Norske lov]
1918	Lov 31. mai 1918 nr. 2 Lov om indgaaelse og opløsning av egteskap [ekteskapsloven] [Opphevet]
1918	Lov 31. mai 1918 nr. 4 Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven)
1939	Lov 17. februar 1939 nr. 1 Lov om gjeldsbrev (gjeldsbrevlova)
1953	Lov 26. juni 1953 nr. 4 Lov om kontroll og regulering av priser, utbytte og konkurranseforhold [prisloven] [Opphevet]
1977	Lov 4. februar 1977 nr. 4 Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. [arbeidsmiljøloven] [Opphevet]
1988	Lov 13. mai 1988 nr. 27 Lov om kjøp (kjøpsloven)
1989	Lov 16. juni 1989 nr. 63 Lov om handverkertjenester m.m for forbrukere (håndverkertjenesteloven)
1997	Lov 13. juni 1997 nr. 43 Lov om avtalar med forbrukar om oppføring av ny bustad m.m. (bustadoppføringslova)

1997	Lov 19. juni 1997 nr. 79 Lov om verdipapirhandel (verdipapirhandelloven) [Opphevet]
1999	Lov 25. juni 1999 nr. 46 Lov om finansavtaler og finansoppdrag (finansavtaleloven)
2002	Lov 21. juni 2002 nr. 34 Lov om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven)

Utenlandske lover

Avtalslagen	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område [Sverige] (sitert fra lagen.nu)
-------------	---

Dommer og kjennelser

Alle avgjørelser er sitert fra lovdata.no om ikke annet er spesifisert.

Norske høyesterettsavgjørelser

Rt.1916 s. 390
Rt.1935 s. 122 (Falconbridge)
Rt.1958 s. 529 (Madla)
Rt.1970 s. 123
Rt.1988 s. 276 (Røstad)
Rt.1988 s. 295 (Skjelsvik)
Rt.1988 s. 766 [Kjæremålsavgjørelse]
Rt.1988 s. 982
Rt.1988 s. 1317
Rt.1989 s. 1215
Rt.1990 s. 500 (Periscopus)
Rt.1990 s. 1099
Rt.1990 s. 1106
Rt.1991 s. 220 (Solliia Borettslag)
Rt.1995 s. 964
Rt.1999 s. 922 (Salhus Flytebru)
Rt.2000 s. 806
Rt.2003 s. 1132

Rt.2010 s. 816
Rt.2010 s. 1345 (Vegsalt)
Rt.2011 s. 1641
Rt.2012 s.1926
Rt.2013 s. 388 (Røeggen)
Rt.2013 s. 769
Rt.2014 s. 520

Norske underrettsavgjørelser

LB.1998 s. 1706
LB.2003 s. 623
LB.2014 s. 3485

Norske forarbeider

Alle forarbeider er sitert fra lovdata.no om ikke annet er spesifisert

Proposisjoner til Stortinget

Ot.prp.nr.5 (1982-1983)	Om lov om endringer i avtaleloven 31 mai 1918 nr 4, m.m. (generell formuerettslig lempingsregel)
Ot.prp.nr.89 (1993-1994)	Om lov om endring i avtaleloven

Norsk offentlig utredning

NOU 1979:32	Formuerettslig lemningsregel
-------------	------------------------------

Utkast til lov

NUT 1935:1	Utkast til lov om Gjeldsbrev, 1935
------------	------------------------------------

Svenske forarbeider

SOU 1974:83	Generalklasul i förmögenhetsrätten. Betänkande av Generalklausultredningen (Sitert fra fra Kungl. Biblioteket, regina.kb.se)
-------------	--

EU-direktiver

Rdir 93/13/EØF

Raadets direktiv 93/13/EØF af 5. april 1993 om urimelige kontraktvilkaar i forbrugeraftaler

Standardkontrakter

NS 8405:2008

Norsk bygge- og anleggskontrakt, Norsk Standard 8405, 2008

Litteratur

Bøker

Ussing 1918

Ussing, Henry, *Bristende forudsætninger – bidrag til øæren om formuerettslige tilsagn*, G.E.C. Gads Forlag – København 1918

Augdahl 1984

Augdahl, Per, *Den norske obligasjonsrett almindelige del*, 5. utg., Aschehoug 1984

Barbo 1997

Barbo, Jan Einar, *Kontraktsomleggin i entrepriseforhold*, Universitetsforlaget 1997

Hov 2002

Hov, Jo, *Avtaleslutning og gyldighet Kontraktsrett I*, 3. utg., Papinian 2002

Hauge 2009

Hauge, Hilde, *Ugyldighet ved formuerettslige disposisjoner*, Universitetsforlaget 2009

Woxholth 2009

Woxholth, Geir, *Avtalerett*, 7. utg., Gyldendal 2009

Hagstrøm 2011

Hagstrøm, Viggo, *Obligasjonsrett*, 2. utg., Universitetsforlaget 2011

Woxholth 2012

Woxholth, Geir, *Avtalerett*, 8. utg., Gyldendal 2012

Giertsen 2014

Giertsen, Johan, *Avtaler*, 3. utg., Universitetsforlaget 2014

Bruserud 2014

Bruserud, Herman og Viggo Hagstrøm, *Entrepriserett*, Universitetsforlaget 2014

Kapittel i bok

Selvig 2009

Selvig, Erling, «Alminnelig kontraktsrett», i *Knophs oversikt over Norges rett*, 13. utg., Universitetsforlaget 2009, s. 247-278

E-bøker

Alle e-bøker er sitert fra nasjonalbiblioteket, nb.no, om ikke annet er spesifisert.

- Arnhold 1964 Arnholm, Carl Jacob, *Privatrett II Avtaler*, Forlagt av Johan Grundt Tanum 1964
(<http://www.nb.no/nbsok/nb/e1b52b4c0cda3135d3cbfdd5aa3eed2c.nbdigital?lang=no#3>)
- Huser 1984 Huser, Kristian, *Avtalesensur – Om de nye generalklausulene i Avtalelovens § 36 og Markedsføringslovens § 9a*, Bergen 1984
(<http://www.nb.no/nbsok/nb/2648a76665eb5c90cfb544e872b807b9.nbdigital?lang=no#3>)
- Strøm Bull 1993 Strøm Bull, Kirsti, *Avtaler mellom ektefeller*, Tano 1993
(<http://www.nb.no/nbsok/nb/acc8c2570c4281baadc9bd02f117a04a.nbdigital?lang=no#5>)

Artikler

Alle artikler er sitert fra lovdata.no om ikke annet er spesifisert.

- Krokeide 1977 Krokeide, Kjetil, «Forutsetningslæren og misligholdsbegrepet – særlig i langsiktige kontraktsforhold», *Tidsskrift for rettsvitenskap* 1977, s. 569-649
- Hagstrøm 1999 Hagstrøm, Viggo, «En Høyesterettsdom om forutsetningslærens stilling i entrepriseretten etter innføringen av avtaleloven § 36: AF Salhus Flytebru – Staten, 25. juni 1999», *Nytt i privatretten*, nr.3 1999, s. 2-4
- Hagstrøm 1994 Hagstrøm, Viggo, «Urimelige avtalevilkår», *Lov og Rett*, 1994 s. 131-168
- Woxholth 2000 Woxholth, Geir, «Forutsetningslæren og avtaleloven § 36», *Jussens Venner* 2000, s. 109-131.
- Hagstrøm 2003 Hagstrøm, Viggo, «Kausjonsretten i forandring», *Jussens venner* 2003, s. 45-61
- Hagstrøm 2004 Hagstrøm, Viggo, «En voldgiftsdom om forholdet mellom forutsetningslæren og avtaleloven § 36», *Nytt i privatretten*, nr.2 2004, s. 1-2
- Woxholth 2013 Woxholth, Geir, «Utviklingen i rettspraksis vedrørende anvendelsen av avtaleloven § 36», *Jussens Venner* 2013, s. 259-286